Gefahrtragungsprobleme beim Versendungskauf

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

T. J. Dreher

1970

Gefahrtragungsprobleme

beim

Versendungskauf

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Landgerichtsrat
Fritz-Jürgen Dreher
aus Dessau
1 9 7 0

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Fikentscher
Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. Lukes
Dekan : Prof. Dr. Uber
Tag der mündlichen Prüfung : 16. 12. 1970

Fotodruck: Mikrokopie GmbH, 8 München 22, Bruderstraße 9

Inhaltsübersicht

		Seite
I	Einleitung	1
II	Der Begriff der Gefahr im juristisch-technischen Sinn	1
	1. Der Begriff der Gefahr nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und nach dem Gesetz	1
	2. Abweichende Meinungen	2
	a. Begriff der Gefahr nach Hofemann	2
	b. Begriff der Gefahr nach Wellenstein	2
	c. Begriff der Gefahr nach Fischer	3
	3. Einschränkung des Begriffs der Gefahr in § 447 Abs. 1 BGB	3
	a. Begriff des Zufalls	4
	b. Maßstab des Vertretenmüssens	4
III	Die drei verschiedenen Arten der Gefahrtragung	5
	1. Gefahrtragung und Gefahrübergang	5
	2. Bezugspunkte der Gefahrtragung	6
	a. periculum rei	6
	b. periculum obligationis	7
	aa. Leistungsgefahr	7
	bb. Preisgefahr	7
IV	Die Art der Gefahr in § 447 Abs. 1 BGB	8
	1. Mangelnde Schärfe des Gefahrbegriffes in § 447 Abs. 1 BGB	8
	2. Auslegung als Sachgefahr?	9
	3. Auslegung als periculum obligationis?	10
	a. als Leistungsgefahr?	11
	b. als Preisgefahr?	11

Seite

V Die Stellung des § 447 BGB innerhalb der übrigen Gefahrtragungsnormen des Kaufrechtes 13

1. § 447 BGB als dispositives Recht 13
2. Die verschiedenen Gefahrtragungsregelungen im Kaufrecht 14
   a. beim Kaufvertrag als einem gegenseitigen Vertrag (§ 323 Abs. 1 BGB) 14
   b. beim Kauf beweglicher Sachen (§ 446 Abs. 1 BGB) 15
   c. beim Grundstückskauf (§ 446 Abs. 2 BGB) 16
   d. beim Kauf eines Schiffes oder Schiffsbauwerkes (§ 446 Abs. 2 BGB) 16
   e. nach dem Zwangsversteigerungsgesetz (§ 56 ZVG) 16
   f. beim Erbschaftskauf (§ 2380 BGB) 17
   g. beim Annahmeverzug des Käufers (§ 300 BGB) 17
   h. beim Versendungskauf (§ 447 Abs. 1 BGB) 18

VI Die wesentlichen Begriffsmerkmale des Versendungskaufes 18

1. Verkäufer, Käufer, verkaufte Sache 18
   a. Abschluß eines wirksamen Kaufvertrages 19
   b. Gefahrtragung bei bedingten Kaufverträgen 19
2. Versendung der Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort 19
   a. Erfüllungsort, Holschuld - Schickschuld 20
   b. Identität von Erfüllungsort und Bestimmungsort beim qualifizierten Versendungskauf 21
   c. Auslegungsregel zur Bestimmung des Erfüllungsortes 23
   d. Versendung innerhalb derselben politisch-geographischen Gemeinde 23
      aa. analoge Anwendung des § 447 BGB (herrschende Meinung) 24

Seite

bb. unmittelbare Anwendung des § 447 BGB (Mindermeinung) 24

cc. gleichartige Ergebnisse der beiden Meinungen 25

3. Versendung der Ware von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort 25

a. § 447 BGB grundsätzlich nicht anwendbar 25

b. besondere Vereinbarung der Parteien 26

c. Gefahrtragung, wenn die Versendung von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort dem Käufer lediglich Vorteile bringt 27

d. besondere Fallgestaltungen 27

4. Auf Verlangen des Käufers 28

5. Auslieferung an die Transportperson 29

a. Begriff der Auslieferung 29

b. die verschiedenen Transportpersonen 30

c. Versendung durch eigene Leute des Verkäufers 30

aa. frühere Meinung in Literatur und Rechtsprechung 30

bb. Meinungsänderung des Reichsgerichts 30

cc. neuere Meinung in Literatur und Rechtsprechung 31

6. Klarstellung der Terminologie 32

a. Begriff des Fernkaufes 32

b. Begriff des Distanzkaufes 33

aa. Platzgeschäft 33

bb. Distanzgeschäft 34

c. Verhältnis des Platz- und Distanzgeschäftes zum Versendungskauf 34

aa. beim Platzgeschäft im engeren Sinn 34

bb. beim Platzgeschäft im weiteren Sinn 34

cc. beim Distanzgeschäft bei Gleichheit von Erfüllungsort und Bestimmungsort 35

dd. beim Distanzgeschäft bei Verschiedenheit von Erfüllungsort und Bestimmungsort 35

Seite

d. Zusammenfassung 35

VII Die Gefahrtragung bei bedingten Kaufverträgen 36

1. auflösend bedingter Versendungskauf und Nichteintritt der Bedingung 36
2. auflösend bedingter Versendungskauf und nachträglicher Eintritt der Bedingung 37
3. aufschiebend bedingter Versendungskauf und Nichteintritt der Bedingung 37
4. aufschiebend bedingter Versendungskauf und nachträglicher Eintritt der Bedingung 37

a. Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 306 BGB? 38

b. Anwendung der §§ 323 ff BGB 38

c. ex tunc Wirkung des § 159 BGB 39

VIII Gefahrtragung bei Gattungsschulden 40

1. Definition des Gattungskaufes 41
2. Bedenken gegen eine Anwendung des § 447 BGB auf den Gattungskauf 41
3. Notwendigkeit der Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache 41
4. Vorgang der Konzentration 42
5. Gefahrtragung bei Versendung einer Gattungssache ohne Konzentration 43

a. Begründung aus dem Wortlaut des § 447 BGB 43

b. Begründung aus dem Verhältnis von Leistungsgefahr und Preisgefahr 44

6. Zeitpunkt der Konzentration 45

IX Der Umfang der Preisgefahr in § 447 BGB 46

1. Unklarheit des Begriffs der Gefahr in § 447 BGB 46
2. sachlicher Zusammenhang der §§ 446, 447 BGB 46

Seite

a. Begriff des Untergangs in § 446 BGB 47

b. Begriff der Verschlechterung in § 446 BGB 48

3. Gefahrtragung hinsichtlich der in § 446 BGB nicht aufgeführten Schadensfälle 48

a. herrschende Meinung 49

b. Meinung von Beitzke und Bettermann 50

c. Übernahme der Meinung von Beitzke und Bettermann durch einen Teil der Literatur 51

d. Notwendigkeit einer genaueren Untersuchung 52

4. Auslegung des Begriffs Gefahr in § 447 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Umfangs seines Gefahrenbereichs

a. philologische und grammatische Auslegung 52

b. systematische Auslegung 53

aa. grundsätzliche Gefahrensituation bei § 446 BGB 53

bb. grundsätzliche Gefahrensituation bei § 447 BGB 54

cc. argumentum a maiore ad minus 55

c. historische Auslegung 55

aa. römisches und deutschrechtliches Gefahrtragungsprinzip 56

bb. Art. 345 ADHGB als Vorbild des § 447 BGB 57

d. teleologische Auslegung 58

aa. die gegensätzlichen Interessen des Verkäufers und des Käufers hinsichtlich des Zeitpunkts des Gefahrübergangs 58

bb. Interessenabwägung und Interessenbewertung 59

cc. Gefahrtragungsprinzipien des § 446 BGB 60

aaa. Herrschaftsprinzip 60

bbb. wirtschaftliches Prinzip 61

ccc. Folgerungen aus den beiden Prinzipien 62

ddd. Beispiel 63

dd. Gefahrtragungsprinzipien des § 447 BGB 64

aaa. Herrschaftsprinzip und wirtschaftliches Prinzip 64

Seite

bbb. Abhängigkeit der Gefahrtragung vom Erfüllungsort 65

ccc. ratio des § 447 BGB 66

5. Begriff der Gefahr in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 67

a. RG JW 1918, 218 ff 67

b. RGZ 106, 16 ff 68

c. Bedenken gegen eine Verallgemeinerung der in den beiden Entscheidungen zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung 69

d. RGZ 114, 405 ff 69

e. RGZ 99, 56 ff 70

f. BGHZ 2 , 176 ff und BGH NJW 1965, 1324 71

6. Unbilligkeit des Ergebnisses einer Fallösung nach der herrschenden Meinung 72

7. Auslegungsergebnis 76

X Zur Frage der Beschränkung der Preisgefahr in § 447 BGB auf transportbedingte Gefahren 76

1. Begriff der Transportgefahr im Gesetzeswortlaut 77

2. Begriff der Transportgefahr in den Gesetzesmaterialien 78

3. Begründungsversuch von Heck 78

4. Begründungsversuch von Meyer 79

5. Begründungsversuch von Ballerstedt 81

a. § 447 BGB als Ausnahmevorschrift 81

b. Übergang der Nutzungen und Lasten 82

6. Schwierigkeit der Abgrenzung transportbedingter Gefahren von sonstigen Gefahren 85

7. Zusammenfassung und praktische Anwendung des gewonnenen Ergebnisses auf die in Literatur und Rechtsprechung strittigen Fälle der Beschlagnahmen 85

a. Beschlagnahmen, die der Verkäufer zu vertreten hat. 86

b. Beschlagnahmen, die der Verkäufer nicht zu vertreten hat. 86

Seite

XI Gefahrtragung in außergewöhnlichen Zeiten 87

1. Begriff der außergewöhnlichen Zeiten 87
2. Gefahrtragung in außergewöhnlichen Zeiten 88
3. die vier in der Literatur und Rechtsprechung diskutierten Fragenkomplexe 89

A Geht die Preisgefahr in außergewöhnlichen Zeiten auch dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Ware zur Unzeit versendet hat? 90

1. Begriff der Versendung zur Unzeit 90
2. Gefahrtragung bei ordnungswidriger Versendung als umfassender Ausgangspunkt der Betrachtung 90
3. Rechtsfolgen einer ordnungswidrigen Versendung 91
   a. nach herrschender Meinung 91
   b. nach der Mindermeinung 92
4. Unterschiede der beiden Meinungen 92
5. Richtigstellung des Ausgangspunktes und Stellungnahme zu den beiden Meinungen 93
   a. Untergang der Ware infolge der ordnungswidrigen Versendung 94
   b. Untergang der Ware bei ordnungswidriger Versendung infolge eines anderen vom Verkäufer nicht zu vertretenden Umstands 95
6. Ähnliche Gefahrtragungsregelung beim Schuldnerverzug 95
7. Versendung zur Unzeit als Unterfall der ordnungswidrigen Versendung 96
   a. Untergang der Ware infolge der Versendung zur Unzeit 96
   b. Untergang der Ware bei einer Versendung zur Unzeit infolge eines anderen vom Verkäufer nicht zu vertretenden Umstands 97
8. Feststellung einer außergewöhnlichen Zeit 97
   a. Wahrscheinlichkeit des Untergangs 98

Seite

b. mußmaßliche Mißbilligung der Versendung durch den Käufer 98

aa. Einverständnis des Käufers bei Anmahnung der Versendung 98

bb. Maßstab der Sorgfaltspflichten des Verkäufers

cc. Beurteilung aus der Sicht des Verkäufers 100

dd. Rechtsauffassung von Ulmer 101

ee. Gefahrtragung bei Zurückstellung der Versendung 102

aaa. nach dem Buchstaben des Gesetzes 102

bbb. nach dem Sinn und Zweck des § 447 BGB 103

B Ändert sich in außergewöhnlichen Zeiten die Normsituation des § 447 BGB in einer solchen Weise, daß eine weitere Anwendung des § 447 BGB zu völlig sinn- und zweckwidrigen Ergebnissen führen würde? 104

1. Begriff der Normsituation 105

2. Elemente der Normsituation 105

a. Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort auf Verlangen und im Interesse des Käufers 105

b. Gefahrenrisiko 105

aa. § 447 BGB bei weit überhöhtem Gefahrenrisiko 106

bb. Meinung von Galperin 107

c. Dispositionsfreiheit der Kaufparteien 109

C Ist in außergewöhnlichen Zeiten eine Abänderung der Gefahrtragungsverteilung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt? 110

1. Begriff der Änderung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage 111

a. Begriff der Geschäftsgrundlage 111

Seite

b. Begriff der Änderung bzw. des Wegfalls 113

2. Verhältnis von Gefahrtragung und Änderung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage 114

a. Vertragsabschluß nach Eintritt außergewöhnlicher Zeiten 114

b. Vertragsabschluß vor Eintritt außergewöhnlicher Zeiten 116

aa. Kenntnis des Käufers von dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten 117

bb. Unkenntnis des Käufers von dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten 117

aaa. Berufung des Käufers auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage vor der Versendung der Ware 118

bbb. Berufung des Käufers auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach der Versendung und dem Untergang der Ware 119

3. Zusammenfassung 121

D Kann der Käufer bei einem Untergang der Ware in außergewöhnlichen Zeiten sich gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen oder über § 242 BGB eine andere Gefahrtragungsverteilung verlangen? 121

1. Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben 122

a. Normzweck des § 242 BGB 122

b. Gefahr der einseitigen Betrachtung 123

2. Mangelnde Notwendigkeit einer Abänderung der Gefahrtragungsregelung des § 447 BGB über § 242 BGB 124

a. Wille des Gesetzgebers 124

b. Gefahrtragungsverteilung des § 447 BGB entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben 125

3. Praktische Schwierigkeiten bei einer Heranziehung des § 242 BGB in außergewöhnlichen Zeiten 128

4. Kritische Stellungnahme zu abweichenden Meinungen 129

Seite

a. die Meinung von Kegel 129
b. die Meinung von Benck und Sieveking 130
c. die Meinung von Ostler und Helms 131
d. die Meinung von Galperin 133

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von Österreich
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
A. c. P.	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
a. E.	am Ende
a. F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR.	Archiv für Bürgerliches Recht
arg.	Argumentum
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Beih.	Beiheft
Bem.	Bemerkung
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
d. A.	dieser Arbeit
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
Einl.	Einleitung
EMV	Deutscher Einheitsmietvertrag in der Bekanntmachung v. 7. 3. 1934
Erl.	Erläuterung
f, ff	folgende
GruchotB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Hb.	Halbband
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung

i. d. R.	in der Regel
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JBl.	Justizblatt
JherJb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
Nds. Wirtsch.	Niedersächsische Wirtschaft
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OGHBrZ.	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen

PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Recht	Das Recht, Zeitschrift begründet von Soergel
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
SchlHA.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
Ti.	Titel
U	Urteil
u. a.	und andere
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung

WarnRspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt sind, herausgegeben von Warneyer
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
Zit.	Zitierweise
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare

Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., Berlin 1958
Almén Tore	Das Skandinavische Kaufrecht unter eingehender Berücksichtigung ausländischen Rechts, Deutsche Ausgabe von Karl Neubecker Bd. I, Heidelberg 1922
BGB-RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern Bd. I, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959 Bd. I, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960 Bd. II, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959 Bd. II, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960
Blomeyer	Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
Cosack	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 8. Aufl., Jena 1927
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902
De Boor	Bürgerliches Recht Bd. I, Allgemeiner Teil - Recht der Schuldverhältnisse - Sachenrecht, 2. Aufl., Wiesbaden 1954

Dernburg	Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens Bd. II, 2. Abteilung, 3. Aufl., Halle 1906
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch Bd. V, 1. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig 1932
Ehrenberg	Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. IV, 2. Abteilung, Leipzig 1918
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, Einleitung - Allgemeiner Teil - Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., Berlin 1903
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959, 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 4. Aufl., Münster 1967
Esser	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960; Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1968
Fikentscher	Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1969

Fischer-Henle	Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 1932
Gierke	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
Goldmann-Lilienthal	Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903
HGB-RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts Bd. IV, 1. Aufl., Berlin 1943 Bd. IV, 2. Aufl., Berlin 1961 Bd. V, 2. Aufl., Berlin 1960
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Heilfron	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Abteilung, Recht der Schuldverhältnisse und Handelsrecht, Berlin 1900
Henle	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II, Schuldrecht, Rostock 1934
Ksoll	Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Düsseldorf 1966 Besonderer Teil, 3. Aufl., Düsseldorf 1962
Kuhlenbeck	Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I, 2. Aufl., 1903
Landsberg	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1. Hälfte, Berlin 1904

Lange	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1969
Larenz	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964 Bd. II, Besonderer Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1965
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 1969
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966
Leonhard	Das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II, Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931
Loewenwarter	Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1928
Makower	Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., Berlin 1893
Matthiaß	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. und 7. Aufl., Berlin 1914
Molitor	Schuldrecht II, Besonderer Teil, 7. Aufl., München 1965

Oertmann	Recht der Schuldverhältnisse 1. Abteilung, 5. Aufl., Berlin 1928 2. Abteilung, 5. Aufl., Berlin 1929
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 28. Aufl., München 1969
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte, Besonderer Teil, Berlin und Leipzig 1928
Radbruch	Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963
Rosenthal	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Köln 1965
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch Bd. III, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1965 Bd. IV, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957
Siber	Schuldrecht, Leipzig 1931
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967 Bd. II, Schuldrecht I, 10. Aufl., Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967 Bd. III, Schuldrecht II, 10. Aufl., Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1969
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil. 11. Aufl.,

Berlin 1957
Bd. II, Teil 1 a, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1967
Bd. II, Teil 1 c, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1967
Bd. II, Teil 2, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1955
Bd. II, Teil 3, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1958
Bd. II, Teil 4, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Berlin 1960

Titze — Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1948

Warneyer — Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Detmold - München - Berlin 1950

II. Einzelschriften, Aufsätze und Dissertationen

Adler — Der Übergang der Gefahr beim Handelskauf in ZHR 72, 388 ff
Zur Lehre vom Übergang der Ware vom Verkäufer an den Käufer in ZHR 86, 273 ff

Atzler — Der Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Königsberg 1919

Beitzke	Gefahrtragung und Beschlagnahme beim Kauf in MDR 1947, 281 ff
Benck	Gefahrtragung beim Versendungskauf in BB 1947, 109 ff
Bettermann	Transportrisiko und Beschlagnahme in ZHR 111, 102 ff
Boeck	Verzugsbeendigung und Gefahrübergang beim Versendungskauf in GruchB. 65, 518 ff
Boehmer	Die Einwirkungen des 2. Weltkrieges, der Nachkriegszeit und der Währungsreform auf privatrechtliche Verhältnisse in DRZ 1949, Beih. 8, 3 ff
Bötticher	Versendungskauf und Bewirkung der Gegenleistung im Sinne des § 18 Abs. 1 Ziff. 2 UmstG. in MDR 1949, 2 ff
Breit	Das Vinkulationsgeschäft, die Lombardierung rollender Güter, Diss. Tübingen 1908
Casper	Beschlagnahme und Gefahrtragung beim Versendungskauf in JW 1925, 590 ff
Dürkes	Rechtsfolgen um Verpackungsmaterial in BB 1948, 68 ff
Eccius	in Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 41, 883 ff
Egli	Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Zürich 1926

Eisser	Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1927
Federl	Gefahrübergang beim Versendungskauf (Ein Beitrag zur Lehre von der Gefahr), Diss. München 1909
Filios	Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, Diss. Berlin 1964
Fischer	Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden in JherJb. 51, 159 ff
Galperin	Gefahrengemeinschaft von Schuldner und Gläubiger in DRZ 1947, 141 ff
Haage	Die Klausel "ab Kai" unter Berücksichtigung der Trade Terms in BB 1956, 195 ff
Hagemann	Gefahrübergang bei Versendung der Sachen von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort aus in JR 1, 542 ff
Hanausek	Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem Recht und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, Berlin - Weimar 1883
Harder	Die überseeische Sammelsendung mit besonderer Berücksichtigung der Getreideteilladungen, Mannheim - Berlin - Leipzig 1923
Helms	Transportrisiko in außergewöhnlichen Zeiten in NJW 1949, 45 ff

Herrmann	Der Kaufpreisanspruch beim Doppelkauf desselben Grundstücks durch denselben Verkäufer in ArchBürgR. 39, 91 ff
Hofemann	Der Versendungskauf unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Leistungsort und Erfüllungsort, Diss. Göttingen 1933
Höhner	Versendungskauf und Kriegsrisiko in Wirtschaftszeitung 1946, Nr. 4
Horstmann	Der Übergang der Gefahr bei Versendung der gekauften Sache am Platze, Diss. Heidelberg 1909
Jagusch	Rechtsnorm und Normsituation in SJZ 1947, 295 ff
Jhering	Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontrakte in JherJb. 4, 366 ff
Kisch	Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900
Kleinrath	Ein Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Versendungskauf unter Berücksichtigung des Gattungskaufs, Diss. Göttingen 1926
Kluckhohn	Der Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt in JherJb. 64, 114 ff

Krahmer	Gegenseitige Verträge, Halle 1904
Krekels	Versendung zur Unzeit in NJW 1947, 92 ff
Krückmann	Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, Stuttgart 1936 Gewährschaft und Gefahr bei dem Kauf in ZHR 105, 152 ff
Leske	Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900
Lüders	Der Versendungskauf in der Währungsumstellung in MDR 1948, 266 ff
Martinius	Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in ArchBürgR. 17, 50 ff
Meyer	Das Verhältnis von § 447 zu § 278 BGB, Diss. Rostock 1934
Müller-Erzbach	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung in A. c. P. 106, 309 ff
Nolte	Überseeische Cif-Abladegeschäfte in ZHR 89, 2 ff
Oppen v.	Die Gefahrtragung beim Versendungskauf, insbesondere im Falle der Versendung durch den Verkäufer oder seine eigenen Leute, Diss. Beslau 1927
Post	Die Gefahrtragung beim Versendungskauf nach § 447 BGB, Diss. Königsberg 1930

Sachs	Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beim Versendungskauf in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Hamburg 1933
Saeger	Gefahrübergang hinsichtlich der von seiten des Verkäufers zum Käufer transportierten Ware beim Distanzkauf in LZ 1907, 418 ff
Sartorius	Gefahrengemeinschaft von Schuldner und Gläubiger in DRZ 1947, 143 ff
Schöller	Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB in GruchB. 46, 1 ff
Schubert	Deutsches Kaufrecht, Berlin 1937
Senckpiehl	Die Gefahr der Beschlagnahme beim Gütertransport in BB 1950, 604
Siebert	Der Risikogedanke im Vertragsrecht in "Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft" herausgegeben von Rohrbeck, S. 125 ff, Berlin 1954
Sieveking	Transporthindernisse beim Versendungskauf MDR 1949, 329 ff Versendung zur Unzeit und Gefahrübertragung in MDR 1947, 142 ff
Smoschewer	Der Gefahrübergang beim Gattungsversendungskauf, insbesondere bei

	Verschiffung der Ware, Diss. Greifswald 1918
Stern	Die Gefahrtragung, Diss. Marburg 1908
Stoll	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen in DJZ 1924, 848 ff
Struwe	Der Versendungskauf nach Bürgerlichem Recht in besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Erfüllungsort und vom Gefahrübergang, Diss. Kiel 1908
Stulz	Der Eigentumsvorbehalt im In- und Ausländischen Recht, Berlin 1931
Such	Gefahrtragung im Lieferverhältnis in NJ 1949, 105 ff
Titze	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900
Weber	Der Einfluß des Krieges und der Kriegsfolgen auf die privaten Rechtsverhältnisse, Heidelberg 1948
Wellenstein	Der Übersendungskauf, Diss. Greifswald 1919
Werneburg	Transportkosten und Transportgefahr beim Versendungskauf in Recht und Handel 1926, 927 ff
Witthoff	Ein Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kauf in DJZ 1903, 149

III. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und Gesetzesmaterialien

Archiv für die civilistische Praxis
Zit.: A.c.P. (Band, Seite)

Archiv für bürgerliches Recht
Zit.: ArchBürgR. (Band, Seite)

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Zit.: GruchotB. (Band, Seite)

Das Recht, begründet von Soergel
Zit.: Recht (Jahrgang, Seite)

Der Betrieb
Zit.: DB (Jahrgang, Spalte)

Der Betriebsberater
Zit.: BB (Jahrgang, Seite)

Deutsche Juristenzeitung
Zit.: DJZ (Jahrgang, Seite)

Deutsche Justiz
Zit.: DJ (Jahrgang, Seite)

Deutsches Recht
Zit.: DR (Jahrgang, Seite)

Deutsche Rechtsprechung, Loseblattsammlung
Zit.: DRspr. (Leitzahl, Blatt, Buchstabe)

Deutsche Rechtszeitschrift
Zit.: DRZ (Jahrgang, Seite)

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Zit.: BGHZ (Band, Seite)

Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Zit.: OLGZ (Band, Seite)

Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone
Zit.: OGHZ (Band, Seite)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Zit.: RGZ (Band, Seite)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Zit.: ROHG (Band, Seite)

Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
Zit.: HEZ (Band, Seite)

Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Zit.: JherJb. (Band, Seite)

Juristische Rundschau
Zit.: JR (Band, Seite)

Juristenzeitung
Zit.: JZ (Jahrgang, Seite)

Juristische Wochenschrift
Zit.: JW (Jahrgang, Seite)

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Zit.: LZ (Jahrgang, Seite)

Monatsschrift für Deutsches Recht
Zit.: MDR (Jahrgang, Seite)

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches
Zit.: Mot. (Band, Seite)

Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, Leitsätze und Entscheidungen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
Zit.: LM (§..... Gesetz Nr. ....)

Niedersächsische Wirtschaft
Zit.: Nds. Wirtsch. (Jahrgang, Seite)

Neue Justiz
Zit.: NJ (Jahrgang, Seite)

Neue Juristische Wochenschrift
Zit.: NJW (Jahrgang, Seite)

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches
Zit.: Prot. (Band, Seite)

Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer
Zit.: WarnRspr. (Jahrgang, Seite)

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Zit.: SeuffA. (Band, Nummer)

Süddeutsche Juristenzeitung
Zit.: SJZ (Jahrgang, Seite)

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Zit.: ZHR (Band, Seite)

I Einleitung

Der Gesetzgeber hat in § 447 Abs. 1 BGB bestimmt, daß beim Versendungskauf die Gefahr auf den Käufer übergeht, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Was aber unter dieser Gefahr und deren Übergang zu verstehen ist, sagt das Gesetz weder in § 447 BGB noch an anderen Stellen, wo von dem Tragen [1] der Gefahr oder von dem Übergang [2] der Gefahr die Rede ist. Die vorliegende Arbeit hat sich daher zur Aufgabe gesetzt, die verschiedenen Probleme, die sich bei der Auslegung des Begriffes Gefahr in § 447 BGB ergeben, aufzuzeigen und zu lösen.

II Der Begriff der Gefahr im juristisch-technischen Sinn

Geht man von dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens aus [3], so versteht man unter dem Begriff der Gefahr einen Zustand, in dem die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schadenbegründenden Ereignisses gegeben ist [4]. In diesem weiten Sinne wird der Begriff der Gefahr auch im Gesetz gebraucht [5].

I 1) vgl. §§ 270 Abs. 1 und 3, 379 Abs. 2, 588 Abs. 1, 644 Abs. 1, 811 Abs. 2, 2380 BGB.

2) vgl. §§ 300 Abs. 2, 446 Abs. 1, 459 Abs. 1 und 2, 480 Abs. 2, 483, 484, 644 Abs. 1 BGB.

II 3) vgl. Post S. 1, Atzler S. 22.

4) Fischer JherJb. 51, 227 definiert die Gefahr auch als drohenden oder hypothetischen Schaden.

2. a. Hofemann [6] vertritt zwar die Meinung, der Begriff der Gefahr im juristisch-technischen Sinne umfasse nur die Gefahr hinsichtlich eines durch zufällige Ereignisse drohenden Schadens, und es sei daher ein Pleonasmus, wenn die §§ 446, 588 BGB u. a. von der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung sprechen. Dieser Ansicht kann jedoch, wie ein Hinweis auf § 228 BGB und andere Vorschriften, in denen der Begriff der Gefahr im Gesetzeswortlaut gebraucht wird, zeigt, nicht zugestimmt werden. Im Rahmen des § 228 BGB ist es beispielsweise unerheblich, ob die von der Sache ausgehende Gefahr schuldhaft herbeigeführt worden ist oder nicht [7]. Selbst wenn der im Notstand Handelnde den Gefahrenzustand eigens verschuldet hat, bleibt § 228 BGB nach wohl einhelliger Meinung anwendbar [8].

b. Auch die von Wellenstein [9] vertretene Auffassung, wonach aus dem Wesen der Gefahrtragung folge, daß der Begriff sich nur auf zufällige Ereignisse beziehe, ist abzulehnen. Der Eigentümer einer Sache trägt zum Beispiel nicht nur die Gefahr, die seiner Sache

---

5) vgl. §§ 228, 229, 230 Abs. 1, 254 Abs. 2, 384 Abs. 1, 618 Abs. 1, 665, 680, 694, 836 Abs. 1 und 2, 904 BGB.

6) Hofemann S. 3; siehe auch Kleinrath S. 3.

7) vgl. Palandt-Danckelmann § 228 BGB Anm. 3; Soergel-Mormann § 228 BGB Bem. 18.

8) vgl. Larenz, Allg. Teil, § 21 II; Lehmann § 18 III 3 a; Palandt-Danckelmann § 228 BGB Anm. 3; Soergel-Mormann § 228 BGB Bem. 18; Staudinger-Coing § 228 BGB Bem. 12; Enneccerus-Nipperdey 2. Hb. § 240 II 1 c; Erman-Hefermehl § 228 BGB Bem. 4.

9) Wellenstein S. 54.

durch zufällige Ereignisse droht, sondern selbstverständlich auch die Gefahr, die er selbst oder ein anderer schuldhaft auslöst [10].

c. Schließlich kann auch nicht der Ansicht Fischers [11] gefolgt werden, der den Begriff der Gefahr zumindest auf dem Gebiet des Schuldrechts auf zufällige Ereignisse beschränkt wissen will. Der Begriff der Gefahr in den §§ 254 Abs. 2, 384, 618, 836 BGB als Vorschriften des Schuldrechts bezieht sich eindeutig nicht nur auf zufällige Ereignisse. In § 836 BGB beispielsweise wird kraft Gesetzes gerade vermutet, daß die von einem Bauwerk ausgehende Gefahr auf einem Verschulden des Hausbesitzers und nicht auf Zufall beruht [12].

Im Rahmen des § 447 besteht allerdings einhellige Meinung [13] darüber, daß mit dem Begriff der Gefahr nur der durch zufällige Ereignisse drohende Schaden gemeint ist. Dies folgt jedoch keineswegs aus dem Wesen der Gefahrtragung, sondern aus dem engen Zusammenhang des § 447 BGB zu § 446 BGB [14],

---

10) Das periculum der römischen Quellen stand dem Verschulden ebenfalls nicht gegensätzlich gegenüber. Neben dem periculum casus gab es noch das periculum culpae und das periculum negligentia, vgl. dazu Fischer JherJb. 51, 227 ff.

11) Fischer JherJb. 51, 227 ff.

12) BGH LM § 836 BGB Nr. 4; Erman-Drees § 836 BGB Bem. 1; Palandt-Thomas § 836 BGB Anm. 1; Kreft in BGB-RGRK § 836 BGB Anm. 1; Soergel-Zeuner § 836 BGB Bem. 1.

13) vgl. RGZ 106, 17; RG JW 1925, 2326; OGHZ 2, 204; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 19; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm.29; Schubert S. 47; Sieveking MDR 1949, 329 (332).

14) vgl. OGHZ 2, 202 (204); Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 19.

in dem eindeutig von der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung gesprochen wird [15].

a. Was unter zufällig im Sinne des § 446 BGB zu verstehen ist, ergibt sich aus § 323 Abs. 1 BGB, der grundlegenden Vorschrift hinsichtlich der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen. Zufall ist danach ein Umstand, den weder der eine noch der andere Vertragsteil zu vertreten hat, für den also keine der Vertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Nicht ein Zufall im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs ist also gemeint, sondern nur ein Ereignis, das hinsichtlich der beteiligten Vertragsteile eine unvertretbare und damit zufällige Begebenheit ist. Zufällig im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB kann danach auch ein Umstand sein, der durch eine vorsätzliche und schuldhafte Handlung eines Dritten, d. h. einer Person, die weder Vertragspartner noch Erfüllungsgehilfe desselben ist, herbeigeführt wird.

b. Was der jeweilige Vertragspartner zu vertreten [16] hat, läßt sich nur mit Rücksicht auf das konkrete

---

15) Zu der Frage, wer den entstandenen Schaden zu tragen hat, wenn einen der Vertragspartner ein Verschulden oder Mitverschulden trifft, der Schaden also nicht durch ein zufälliges Ereignis eingetreten ist, siehe später S. 93 ff.

16) Der Begriff des Vertretenmüssens braucht sich mit dem Begriff des Verschuldens nicht immer zu decken. So hat beispielsweise der Schuldner einen von ihm während des Gläubigerverzugs leicht fahrlässig verschuldeten Untergang der Sache gemäß § 300 Abs. 1 BGB nicht zu vertreten und der Gläubiger muß den Verlust der Sache trotz eines - wenn auch nur leichten - Verschuldens des Schuldners als Schaden selbst tragen.

Schuldverhältnis bestimmen [17], da der Grad der verlangten Sorgfalt und der sich daraus ergebende Haftungsmaßstab bei den einzelnen Schuldverhältnissen unterschiedlich geregelt ist. Für den Kaufvertrag und so auch für den Versendungskauf bestimmt sich der Haftungsmaßstab, da eine Sonderregelung nicht besteht, nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 BGB; die Kaufparteien haben also bereits leichte Fahrlässigkeit zu vertreten.

III Die drei verschiedenen Arten der Gefahrtragung

Verdichtet sich die Gefahr, die zunächst nur hypothetisch auf einen Schaden gerichtet ist, zu einem konkreten Schaden, so stellt sich die Frage, wer den entstandenen Nachteil zu tragen hat, wessen Vermögen also letztlich die Einbuße erleidet.

Diese Frage behandelt die Lehre von der Gefahrtragung, wobei unter dem Begriff der Gefahrtragung ein Status zu verstehen ist, bei dem der Betroffene die Nachteile, für die er die Gefahr trägt, nicht auf einen anderen, z. B. den Vertragsgegner, abwälzen kann. In diesem Sinne spricht das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Tragen der Gefahr [18]. Den

---

Umgekehrt hat der Schuldner, wenn er sich in Schuldnerverzug befindet, einen Untergang der Sache gemäß § 287 Abs. 2 BGB selbst dann zu vertreten, wenn ihn kein Verschulden trifft.

17) vgl. Staudinger-Kaduk § 323 BGB Bem. 7.

III 18) vgl. §§ 270 Abs. 1 und 3, 379 Abs. 2, 588 Abs. 1, 644 Abs. 1, 811 Abs. 2, 2380 BGB.

Vorgang, der die Gefahrtragung mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses von einer Person auf eine andere übergehen läßt, bezeichnet man als Gefahrübergang [19].

2. Die Nachteile, die der Betroffene (Gefahrtragende) zu tragen hat, können ganz verschiedener Art sein, je nachdem, auf welches Rechtsobjekt sie sich beziehen. Es ist daher notwendig, bevor des näheren auf die Auslegung des Begriffes Gefahr in § 447 BGB eingegangen werden soll, die drei verschiedenen Arten der Gefahrtragung aufzuzeigen.

Zunächst muß deutlich zwischen dem sog. periculum rei, der Gefahr der Sache im engeren Sinne, und dem sog. periculum obligationis unterschieden werden.

a. Das periculum rei oder, wie es auch genannt wird, die Sachgefahr bezieht sich auf das Recht an der Sache [20]. Wird die Sache vernichtet, so hat, da mit dem Untergang der Sache auch das Recht an ihr erlischt, der Eigentümer diesen Verlust zu tragen, und es hat damit sein Bewenden, soweit die untergegangene Sache zu keiner anderen Person in rechtlicher Beziehung stand. Es gilt der römische Rechtssatz: "casus sentit dominus" [21], d. h., jedes Gut trägt für den Inhaber das Risiko seines Fortbestandes und seiner bleibenden Güte.

---

19) vgl. Post S. 2.

20) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 2; Fikentscher § 67 I 2 a.

21) vgl. Fikentscher § 67 II; Smoschewer S. 18; Atzler S. 22; Post S. 2.

b. Das periculum obligationis bezieht sich im Gegensatz zum periculum rei nicht auf die Sache selbst, sondern auf den Bestand der schuldrechtlichen Verpflichtungen zwischen Gläubiger und Schuldner [22]. Bei der Abwicklung von schuldrechtlichen Verträgen entsteht zwischen der Entstehung und Erfüllung derselben häufig eine Zeitspanne, in der der Gegenstand, der geleistet werden soll, sowohl mit dem Vermögen des einen als auch mit dem Vermögen des anderen Vertragsteils verknüpft ist. In diesen Fällen fragt sich dann, wer den durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache herbeigeführten Schaden zu tragen hat.

Innerhalb des periculum obligationis ist zwischen der sog. Leistungsgefahr und der sog. Preisgefahr zu unterscheiden [23].

aa. Die Leistungsgefahr, Lieferungsgefahr oder Schuldnergefahr [24] ist derjenige Gefahrbegriff, der Antwort gibt auf die Frage, ob der Schuldner im Falle eines zufälligen Untergangs der Sache weiterhin zur Leistung verpflichtet ist oder ob er von seiner Verpflichtung zur Leistung frei wird [25].

bb. Die Preisgefahr, die verschiedentlich auch als Wertgefahr, Vergütungsgefahr, Entgeltsgefahr,

---

22) vgl. Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 3.

23) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 2.

24) Zur Terminologie vgl. Fikentscher § 67 I 2 b; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 1; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 2.

25) vgl. Fikentscher § 44 II 1 a; Nolte ZHR 89, 53 ff; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 2.

Gegenleistungsgefahr oder als Gläubigergefahr bezeichnet wird [26], ist derjenige Gefahrbegriff, der Antwort gibt auf die Frage, ob beim gegenseitigen Vertrage der eine Vertragspartner auch dann die Gegenleistung (z. B. Kaufpreis, Mietzins oder Werklohn) verlangen kann, wenn er seine eigene Leistung wegen zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung der Sache nicht oder nicht vollständig erbringen kann [27].

IV Die Art der Gefahr in § 447 Abs. 1 BGB

1. Um welche Art der Gefahr handelt es sich nun in § 447 BGB? Der Wortlaut des § 447 Abs. 1 BGB, wie auch die sonstigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die sich mit der Gefahrtragung und dem Übergang der Gefahr befassen, sprechen immer nur von dem allgemeinen Begriff Gefahr, ohne die Art der Gefahr jeweils genauer anzugeben [28]. Diese mangelnde Schärfe der Begriffsbildung muß daher jeweils durch Auslegung näher bestimmt werden.

---

26) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 2; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 1.

27) vgl. Soergel-Ballerstedt § 446 BGB Bem. 1; Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 20 1 b; Fikentscher § 67 I 2 c; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 2; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 1.

IV 28) vgl. §§ 270 Abs. 1 und 3, 300 Abs. 2, 379 Abs. 2, 446 Abs. 1, 459 Abs. 1 und 2, 480 Abs. 2, 483, 484, 588 Abs. 1, 644 Abs. 1, 811 Abs. 2, 2380 BGB.

Zunächst könnte man meinen, bei dem Begriff der Gefahr in § 447 BGB handelte es sich, da die Vorschriften der §§ 446 ff BGB sich auf den Sachkauf beziehen, um die Sachgefahr. Hiergegen spricht aber folgendes: Die Sachgefahr hat, wie bereits ausgeführt [29], jeweils der Eigentümer der Sache zu tragen. Der Übergang dieser Gefahr ist somit begriffsnotwendig an den Vorgang der Eigentumsübertragung gebunden. Unter dem Begriff der Gefahr in § 447 BGB könnte also die Sachgefahr nur dann gemeint sein, wenn mit der Übergabe der verkauften Sache an den Spediteur gleichzeitig auch das Eigentum an der Sache auf den Käufer überginge. Dies ist jedoch grundsätzlich nicht der Fall [30]. Der Übergang des Eigentums erfolgt vielmehr in der Regel erst mit der Auslieferung der Sache durch die Transportperson an den Käufer [31], da erst zu diesem Zeitpunkt der Käufer das dingliche Einigungsangebot des Verkäufers annimmt und die Übergabe der verkauften Sache im Sinne von § 929 BGB erfolgt. Nur in dem seltenen Fall, daß die Transportperson Besitzdiener des Käufers oder vom Käufer als dessen Vertreter bestellt worden ist, kann ausnahmsweise eine Eigentumsübertragung bereits mit der Auslieferung der Sache an die Transportperson erfolgen [32]. Auf einen solchen Fall findet § 447 BGB aber keine

---

29) vgl. S. 6 d. A.

30) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 37; RGZ 85, 320; 108, 25 (28); Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 5; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 5.

31) vgl. RGZ 108, 25 (27); BGH BB 1960, 881; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 6.

32) vgl. RGZ 84, 320; 102, 38 (41); 103, 31; OGHZ 3, 226; Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 5; Esser § 103, 1; vgl. auch die besonderen Ausführungen von Atzler S. 34 ff.

Anwendung, die Gefahrtragung regelt sich dann vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 446, 323 BGB [33].

Mit dem Begriff der Gefahr in § 447 BGB kann also keinesfalls die Sachgefahr gemeint sein [34]. Dies ergibt sich im übrigen auch aus der systematischen Stellung des § 447 BGB im Gesetz. Als Vorschrift des Obligationenrechts kann § 447 BGB nur die schuldrechtlichen Beziehungen von Gläubiger und Schuldner, nicht aber die sachenrechtlichen Beziehungen des Eigentümers zu seiner Sache regeln.

3. Da das periculum rei zu dem für § 447 BGB maßgeblichen Zeitpunkt grundsätzlich noch nicht auf den Käufer übergeht, kann unter dem Begriff der Gefahr in § 447 BGB nur die Gefahr gemeint sein, die dem Gegenstand eines Schuldverhältnisses droht. Während der dingliche Verlust stets den Eigentümer bzw. Rechtsinhaber trifft, ist es beim periculum obligationis gerade sehr die Frage, welche der an einem Schuldverhältnis beteiligten Personen einen etwa eintretenden Schaden letztlich zu tragen hat. Die Gefahrtragung wird erst dann zum Problem, wenn sich der fragliche Gegenstand in einer schuldrechtlichen Beziehung zu einer weiteren Person befindet.

Das periculum obligationis kann, wie bereits ausgeführt wurde, entweder Leistungsgefahr oder

---

33) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 16.

34) vgl. auch Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 3.

Preisgefahr sein. Da auf den Käufer zum Zeitpunkt der Übergabe der Sache an die Transportperson nur die Gefahr übergehen kann, die der Verkäufer bis dahin noch trägt, ist zu fragen, welche der beiden Gefahrenarten zu dem für § 447 BGB maßgeblichen Zeitpunkt vom Verkäufer noch getragen werden.

a. Die Leistungsgefahr geht bei einer Speziesschuld - und nur eine solche soll zunächst Gegenstand der Abhandlung sein [35] - bereits mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über. Dies folgt aus der allgemeinen Vorschrift des § 275 Abs. 1 BGB, die bestimmt, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Da die Vorschrift des § 447 BGB tatbestandsmäßig voraussetzt, daß die Sache zum Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson bereits verkauft ist [36], so folgt daraus, daß die Leistungsgefahr zu diesem Zeitpunkt nicht mehr vom Verkäufer getragen wird und somit logischerweise nicht mehr auf einen anderen übergehen kann.

b. Mit dem Begriff der Gefahr in § 447 BGB kann mithin nur die Preisgefahr gemeint sein [37]. Dies

---

35) Zur Frage der Gefahrtragung bei Gattungsschulden vgl. später auf S. 40.

36) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 16; vgl. auch S. 19.

37) vgl. Fikentscher § 35 III 3 b; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 3; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 1; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 1;

läßt sich unter anderem auch aus dem Verhältnis des § 447 BGB zu § 323 BGB begründen, auf das später [38] noch genauer eingegangen werden soll. In § 323 Abs. 1 BGB wird die Frage, wer die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) zu tragen hat, ganz allgemein für gegenseitige Verträge geregelt, und hier hat der Gesetzgeber auch den allgemeinen Begriff der Gefahr im Sinne der Gegenleistungsgefahr durch folgende Umschreibung näher präzisiert: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung. Beim Versendungskauf als einem gegenseitigen Vertrag kann der Übergang der Gefahr daher auch nur Bedeutung hinsichtlich der Gegenleistung, d. h. des Kaufpreises, haben. Das bedeutet im einzelnen: Der Verkäufer trägt bis zur Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson die Gefahr, daß er im Falle des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Sache den Kaufpreis nicht bzw. nur teilweise erhält. Der Käufer übernimmt mit dem Zeitpunkt der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson die Gefahr, daß er im Falle des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Sache den Kaufpreis selbst dann zu zahlen hat, wenn feststeht, daß er die Gegenleistung (die gekaufte Sache) überhaupt nicht oder nur in beschädigtem

---

Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II; Soergel-Ballerstedt § 446 BGB Bem. 1.

38) vgl. S. 14 ff d. A.

Zustande erhält [39]. Solange der Verkäufer also die Preisgefahr trägt, trifft ihn, da er im Falle des zufälligen Untergangs der Sache sowohl das Eigentum als auch den Kaufpreisanspruch verliert, letztlich der wirtschaftliche Schaden [40]. Ist dagegen die Preisgefahr auf den Käufer übergegangen, so verliert der Verkäufer bei einem Untergang der Sache zwar auch sein Eigentum, er hat aber, da er den vollen Kaufpreis vom Käufer erhält, keinen wirtschaftlichen Schaden.

V Die Stellung des § 447 BGB innerhalb der übrigen Gefahrtragungsnormen des Kaufrechts

Die gesetzlichen Vorschriften über die Gefahrtragung beim Kaufvertrag sind nicht zwingendes Recht [41], sie können jederzeit durch besondere Vereinbarungen, durch allgemeine Geschäftsbedingungen oder im Wege

---

39) Hat der Verkäufer infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich machte, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so ist er gegenüber dem Käufer gemäß § 281 BGB zur Herausgabe des als Ersatz Emfangenen oder zur Abtretung des Ersatzanspruches verpflichtet.

40) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II; Leonhard, Teil B, S. 16.

V 41) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 43; Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 1; Kleinrath S. 18; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 6; RGZ 106, 212; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 6.

des Handelsbrauchs abgeändert werden [42]. Wann die Preisgefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, hängt also in erster Linie davon ab, was zum Inhalt des Kaufvertrages gemacht worden ist. Die Parteien können beispielsweise bestimmen, daß die Gefahr bereits mit Abschluß des Kaufvertrages, mit der Verwiegung, Vermessung oder Verpackung der Ware auf den Käufer übergehen soll, oder sie können vereinbaren, daß der Verkäufer die Gefahr bis zur endgültigen Abwicklung des Kaufvertrages zu tragen hat.

2. Sind zwischen den Parteien keine besonderen Vereinbarungen über die Gefahrtragung getroffen worden, so erhebt sich die im Rahmen dieser Arbeit interessierende Frage, wie das Bürgerliche Gesetzbuch beim Kaufvertrag und insbesondere beim Versendungskauf die Gefahrtragung zwischen Verkäufer und Käufer geregelt hat.

a. Das Gesetz geht in § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich davon aus, daß beim gegenseitigen Vertrag der Schuldner die Preisgefahr so lange zu tragen hat, bis er seine Verpflichtungen aus dem Vertrag vollständig erfüllt hat. Wird die dem Schuldner obliegende Leistung vor Erfüllung des Vertrages durch

---

42) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 27. Im internationalen und inländischen Rechtsverkehr haben vor allem folgende Klauseln über die Regelung der Preisgefahr Bedeutung erlangt (sog. incoterms) : cif, fob, fas, frei Waggon, frei Eisenbahn, ab Werk, Fracht frei, ab Schiff (ex ship), ab Kai, näheres über die Auslegung der einzelnen Klauseln siehe Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 6; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 86 ff.

zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache ganz bzw. teilweise unmöglich, so wird der Schuldner zwar gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht insoweit befreit, er verliert jedoch gemäß § 323 Abs. 1 BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

Man möchte nun erwarten, daß die allgemeine Gefahrtragungsregelung für gegenseitige Verträge vor allem auch beim Kaufvertrage, dem wichtigsten gegenseitigen Vertrage, zur Anwendung kommt. Dies ist aber nicht, zumindest nur in wenigen Fällen, der Fall. Der in § 323 Abs. 1 BGB ausgesprochene Grundsatz erfährt im Kaufrecht insofern eine Abwandlung, als das Gesetz in § 446 Abs. 1 BGB die Preisgefahr grundsätzlich schon mit der Übergabe der verkauften Sache an den Käufer übergehen läßt. Unter der Übergabe ist dabei nach heute fast einhelliger Meinung nicht die Besitz- und Eigentumsübertragung [43], sondern auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches lediglich die Besitzübergabe zu verstehen [44]. Die Vorschrift des § 446 BGB stellt also im Gegensatz zu § 323 Abs. 1 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Erfüllung, sondern auf den im praktischen Leben leicht festzustellenden Zeitpunkt der tatsächlichen

---

43) So beispielsweise noch Titze S. 153; vgl. auch Heck S. 259.

44) vgl. RGZ 85, 320; RG JW 1937, 1628 (1631); Esser § 103, 1; Fikentscher § 67 IV 2; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 3 a; Martinius ArchBürgR. 17, 50 ff ; Enneccerus-Lehmann § 103 II 1 b.

Übergabe ab [45].

Das für den Kauf in § 446 Abs. 1 BGB ausgesprochene Gefahrtragungsprinzip erleidet wiederum mehrfache Ausnahmen in der Weise, daß das Gesetz den Zeitpunkt des Gefahrüberganges noch vor den Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe der Ware verlegt. Hierher gehören im einzelnen folgende Fälle:

c. Für den Grundstückskauf bestimmt § 446 Abs. 2 BGB, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung bereits dann auf den Käufer übergeht, wenn der Käufer vor der Übergabe des Grundstücks als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird. Beim Grundstückskauf kann die Gefahr also entweder gemäß § 446 Abs. 1 BGB mit der Übergabe des Grundstücks oder aber, wenn die Eigentumsübertragung der Übergabe des Grundstücks vorausgeht, gemäß § 446 Abs. 2 BGB bereits mit dieser auf den Käufer übergehen.

d. Entsprechendes wie für den Grundstückskauf gilt nach § 446 Abs. 2 BGB auch für den Kauf eines Schiffes oder Schiffsbauwerkes.

e. Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstückes nach dem Zwangsversteigerungsgesetz [46] geht

---

45) vgl. Leonhard, Teil B, S. 16 spricht von dem wirtschaftlichen Übergang des Kaufgegenstandes.

46) Der Abschluß des Kaufvertrages erfolgt hierbei in der Weise, daß der Ersteigerer das Kaufangebot macht und der Versteigerer dieses Angebot durch Zuschlag annimmt (§ 156 BGB).

gemäß § 56 ZVG die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung bezüglich des Grundstücks mit dem Zuschlag, in Ansehung der übrigen Gegenstände mit dem Schluß der Versteigerung auf den Ersteher über, ohne daß es einer vorherigen Umschreibung des Grundstücks im Grundbuch oder einer Übergabe desselben bedarf [47].

f. Bei einem Erbschaftskauf geht gemäß § 2380 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung hinsichtlich der Erbschaftsgegenstände (periculum interitas et deteriorationis) bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über. In diesem beschränkten Umfange gilt noch heute der Rechtssatz aus dem römischen und gemeinen Recht "periculum est emptoris" [48].

g. Im Falle des Annahmeverzuges des Käufers gehen der allgemeinen Regel des § 446 Abs. 1 BGB die besonderen Vorschriften der §§ 324 Abs. 2, 300 BGB vor. Der Verkäufer wird während des Annahmeverzuges nicht nur von der Gefahr des zufälligen

---

47) Da der Ersteher mit dem Zuschlag zugleich Eigentümer des Grundstücks wird (§ 90 ZVG), entspricht diese Regelung insofern der Vorschrift des § 446 Abs. 2 BGB. In beiden Fällen geht mit der Eigentumsübertragung die Gefahr auf den Käufer über, obwohl die Übergabe des Grundstücks noch nicht erfolgt ist.

48) Diesem römischen Rechtssatz sind die meisten Kulturrechte gefolgt. So das französische, belgische, italienische, schweizerische, holländische, spanische und englische Recht, 27 Staaten der Nordamerikanischen Union sowie das sowjetrussische Gesetzbuch; vgl. dazu Enneccerus-Lehmann § 103 I; Dernburg § 174 I; Endemann Bd. I, S. 946; Matthiaß S. 291; § 185 II Schweizer Obligationenrecht.

Untergangs und der zufälligen Verschlechterung, sondern auch von der Gefahr eines leicht fahrlässig verschuldeten Untergangs und einer leicht fahrlässig verschuldeten Verschlechterung frei. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es dem Käufer also verwehrt sein, den lieferungsbereiten Verkäufer durch die Nichtannahme der gekauften Ware weiterhin mit der Preisgefahr zu belasten.

h. Beim Versendungskauf, mit dem sich die vorliegende Arbeit genauer beschäftigt und der wohl die wichtigste Ausnahme von § 446 Abs. 1 BGB darstellt, geht die Preisgefahr gemäß § 447 Abs. 1 BGB bereits mit der Übergabe der zu versendenden Ware an die Transportperson auf den Käufer über, wobei die Regelung des § 447 BGB gemäß §§ 651, 644 Abs. 3 BGB auch im Rahmen des Werk- und Werklieferungsvertrages von Bedeutung ist.

VI Die wesentlichen Begriffsmerkmale des Versendungskaufes

Da die Gefahrtragung bei den einzelnen Kaufvertragstypen unterschiedlich zu beurteilen ist und die vorliegende Arbeit die Gefahrtragung nur für einen bestimmten Kauf, den Versendungskauf nach § 447 BGB, behandelt, kommt der Abgrenzung des Versendungskaufes gegenüber anderen Kaufarten besondere Bedeutung zu.

Von einem Versendungskauf oder Übersendungskauf spricht man, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet [49]; dabei kommt es im einzelnen auf folgende Tatbestandsmerkmale an:

a. Die Ausdrücke Verkäufer, Käufer und verkaufte Sache im Tatbestand des § 447 Abs. 1 BGB deuten darauf hin, daß die Gefahr nur dann auf den Käufer übergeht, wenn über die zu versendende Ware bereits ein Kaufvertrag abgeschlossen worden ist [50]. Wird eine Ware versandt, über die erst später ein Kaufvertrag geschlossen werden soll, so ist § 447 BGB nicht anwendbar [51].

b. Schwierig sind die Fälle, in denen ein Kaufvertrag über die zu versendende Ware zwar zustandegekommen ist, dieser aber nur bedingt abgeschlossen wurde. Darauf soll später in einem gesonderten Abschnitt näher eingegangen werden [52].

Der Versendungskauf gemäß § 447 BGB unterscheidet sich von anderen Kaufverträgen, bei denen gleichfalls eine Versendung der verkauften Sache erfolgt, im wesentlichen dadurch, daß die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort

---

VI 49) Näheres zum Begriff des Versendens vgl. Oertmann § 447 BGB Bem. 4; Hofemann S. 16; Kleinrath S. 6 ff; Horstmann S. 69 ff.

50) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 11; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 16.

51) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGE Bem. 16; Soergel-Ballerstedt § 446 Bem. 8; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 2 b.

52) vgl. S. 36 ff d. A.

versandt wird. Unter dem Begriff des Erfüllungsortes versteht man dabei den Ort, an dem der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses seine Leistungshandlung vorzunehmen hat [53]. Insoweit deckt sich der Begriff des Erfüllungsortes mit dem in § 269 BGB gebrauchten Begriff des Leistungsortes [54].

a. Nach der Vorschrift des § 269 BGB hat der Schuldner die geschuldete Leistung grundsätzlich an seinem Wohnsitz bzw. an dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung zu erbringen. Die Folge davon ist, daß der Gläubiger (Käufer) die Kaufsache an sich vom Wohnsitz des Schuldners (Verkäufers) selbst abholen muß (sog. Holschuld [55]). Beim Versendungskauf besteht die Besonderheit darin, daß der Verkäufer gegenüber dem Käufer die Nebenverpflichtung [56] übernommen hat, für die Versendung der Ware an den vom Käufer gewünschten Ablieferungsort Sorge zu tragen (sog. Schickschuld [57]).

---

53) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 c.

54) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 5; Fikentscher § 35 I 1.

55) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 17 IV a; Fikentscher § 35 III 1.

56) Die Versendungsverpflichtung beruht nicht auf einem gesonderten Auftragsverhältnis, wie dies Sieveking (MDR 1947, 142) annimmt; sie ergibt sich vielmehr nach sonst wohl einhelliger Meinung als Nebenverpflichtung unmittelbar aus dem Kaufvertrag und ist damit Bestandteil desselben (Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 63 ff; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 10; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 10; ROHG 13, 148; 19, 245; Helms NJW 1949, 46; Krekels NJW 1947/48, 93 und NJW 1949, 66; vgl. auch Motive zum BGB Bd. II, S. 327.

57) vgl. Fikentscher § 35 III 3 und § 67 IV 4 c; Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 17 IV a.

Für die Anwendung des § 447 BGB ist dabei unerheblich, ob die Versendung an den Käufer selbst oder an einen von ihm bestimmten Dritten erfolgt [58]. Das Gesetz spricht in § 447 BGB nur von einem anderen Ort, an den versandt wird. Dieser vom Käufer bestimmte Ort wird auch Bestimmungsort, Ablieferungsort oder Vollzugsort genannt [59].

Durch die Übernahme der Versendungsnebenverpflichtung [60] wird der Erfüllungsort als solcher nicht berührt. Dieser bleibt vielmehr, wenn zwischen den Parteien keine besonderen Vereinbarungen getroffen worden sind, grundsätzlich der Wohnsitz bzw. die gewerbliche Niederlassung des Verkäufers. Daran ändert in der Regel auch nichts der Umstand, daß der Verkäufer die Kosten der Versendung oder einen Teil derselben übernommen hat (§ 269 Abs. 3 BGB) [61].

b. Haben die Parteien ausnahmsweise vereinbart, daß der Ort, an den die Ware zu versenden ist, Erfüllungsort für die Vertragsverpflichtungen des Verkäufers sein soll, haben die Parteien also die Zusendung der Kaufsache derart in den Vordergrund gestellt, daß der Schwerpunkt der Verkäuferobligation an den Bestimmungsort verlegt wird, so wird

---

58) vgl. RGZ 30, 379; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 7; Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 85; Protokolle zum BGB Bd. II, S. 67.

59) vgl. Enneccerus-Lehmann § 23 II 1; Meyer S. 7.

60) Zur Frage, inwieweit der Verkäufer zur Übernahme der Versendung verpflichtet ist, vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 9; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 11; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 63 ff.

61) vgl. RGZ 106, 212.

die Ware nicht nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versandt, und die Vorschrift des § 447 BGB findet keine Anwendung [62].

In einem solchen Fall - Cosack [63] nennt diese Art des Kaufes verschärften oder qualifizierten Versendungskauf - wird der Verkäufer nach der allgemeinen Gefahrtragungsregel des § 446 BGB erst mit der Übergabe der verkauften Sache an den Käufer von der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung frei. Die Rechtslage des Verkäufers ist also, da er mit der Übergabe der Ware an die Transportperson noch nicht von der Gefahr befreit wird, ungünstiger als beim gewöhnlichen Versendungskauf nach § 447 BGB.

Der tiefere Grund, warum § 447 BGB auf den qualifizierten Versendungskauf keine Anwendung findet, besteht darin, daß der Verkäufer die Versendung der Ware hier nicht nur als bloße Nebenverpflichtung, sondern als eine vertraglich vereinbarte Hauptpflicht übernommen hat (sog. Bringschuld [64]). Der Verkäufer hat das mit der Versendung der Ware verbundene Risiko bewußt als eigenes übernommen, so daß er nur dann ordnungsgemäß erfüllt hat, wenn er am Bestimmungsort,

---

62) vgl. RGZ 88, 38; OLG Neustadt NJW 1949, 67; OLG Gera NJ 1949, 116 = BB 1949, 476; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 80; Fikentscher § 67 IV 4 d; Stachels JR 1948, 290.

63) Cosack § 185 II 1 b.

64) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 17 IV a; Fikentscher § 35 III 2 und § 67 IV 4 d.

der zugleich Erfüllungsort ist, unbeschädigte Ware übergibt und übereignet.

c. Die Feststellung, ob ein einfacher oder qualifizierter Versendungskauf vorliegt, ob also Erfüllungsort die Niederlassung des Verkäufers oder der vom Käufer angegebene Bestimmungsort ist, kann im Einzelfall schwierig sein. Die Ausdrücke, die Ware werde versandt, übersandt oder zugeschickt, lassen meist auf einen Versendungskauf nach § 447 BGB schließen [65], während die Abrede, es werde an einen bestimmten Ort geliefert, überbracht oder geleistet, eher auf einen qualifizierten Versendungskauf hindeutet [66]. Stets ist aber der wahre Wille der Parteien zu erforschen und nicht am äußeren Ausdruck festzuhalten. Entscheidend ist dabei, ob durch die Ortsangabe zugleich der Inhalt der Leistung bestimmt werden sollte oder ob die Parteien die Versendungspflicht lediglich als eine hinzutretende Nebenpflicht der eigentlichen Leistungspflicht angesehen haben. Lassen die Vereinbarungen der Parteien keinen eindeutigen Schluß zu, so ist nach der Auslegungsregel des § 269 Abs. 1 BGB im Zweifel von einem einfachen Versendungskauf gemäß § 447 BGB auszugehen.

d. Die Auslegung des Wortlautes nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort bedarf noch insofern einer Ergänzung, als nach wohl einhelliger Meinung die

---

65) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 5.

66) vgl. Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 a.

Vorschrift des § 447 BGB auch bei einer Versendung der verkauften Sache innerhalb derselben politisch-geographischen Gemeinde Anwendung findet; in der Begründung gehen die Meinungen allerdings auseinander:

aa. Die herrschende Meinung [67] vertritt die Ansicht, der Wortlaut des § 447 BGB stelle grundsätzlich auf eine politisch-geographische Ortsverschiedenheit zwischen Erfüllungsort und Bestimmungsort ab, die Vorschrift sei aber wegen gleicher Interessen- und Normsituation ebenfalls auf die Versendung der Ware innerhalb derselben Ortschaft entsprechend anzuwenden. Auch hier besorge der Verkäufer, da er an sich nur verpflichtet sei, die verkaufte Sache in seiner Wohnung bzw. in seiner gewerblichen Niederlassung zu übergeben, ein Geschäft des Käufers; darin aber liege gerade der Grundgedanke der Vorschrift.

bb. Die andere Meinung vertritt demgegenüber die Auffassung [68], es sei schwer einzusehen, warum der Begriff "Ort" in § 447 BGB im Sinne einer ganzen Ortschaft, Gemeinde oder Stadt und nicht, wie in § 269 BGB, im Sinne einer genau bestimmten Lokalität (Wohnung bzw. gewerbliche Niederlassung)

---

67) So OLG Hamburg OLGZ 2, 218; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 80; Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 85; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 4; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 9; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c; Goldmann-Lilienthal S. 480; Molitor S. 21; Kleinrath S. 10; Rosenthal § 447 BGB Bem. 4.

68) So Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 4; Oertmann § 447 BGB Bem. 4; Achilles-Greif § 447 BGB Bem. 2; Schlegelberger-Hefermehl Einl. zu § 373 HGB Anm. 40; Horstmann S. 79; Ehrenberg Bd. 4, 2. Abt.,

auszulegen sei. Aus dem Wortlaut des Gesetzes lasse sich jedenfalls eine derartige Einschränkung nicht entnehmen.

Nach dieser Mindermeinung, die - bedenkt man die Verhältnisse in den Großstädten mit ihren zahlreichen Beförderungsinstituten - in ihren Argumenten durchaus überzeugt, sind innerhalb derselben politischen Gemeinde beliebig viele Bestimmungsorte denkbar, an die der Verkäufer die verkaufte Ware versenden kann. Die Versendung der Ware erfolgt auch in diesen Fällen nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort und § 447 BGB ist unmittelbar anwendbar.

cc. Welcher der beiden Meinungen zu folgen ist, kann - da sie letztlich zum gleichen Ergebnis kommen - hier dahingestellt bleiben. Es soll daher nicht genauer darauf eingegangen werden. Die Probleme, die sich bei der Behandlung des Versendungskaufes stellen, sind zu mannigfaltig, als daß sie im Rahmen dieser Arbeit alle erschöpfend behandelt werden können.

a. Die Vorschrift des § 447 BGB setzt nach ihrem Wortlaut zwar nicht voraus, daß die Versendung der verkauften Sache vom Erfüllungsort aus erfolgen muß, dennoch ist nach allgemeiner Meinung § 447 BGB grundsätzlich nur dann anwendbar, wenn die Versendung vom Erfüllungsort, nicht aber von einem anderen Ort aus vorgenommen wird [69].

S. 429; Schubert S. 45.

69) vgl. RGZ 106, 213; BGH NJW 1965, 1324; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 6; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 4; Schlegelberger-Hefermehl Einl. zu § 373 HGB Anm. 40;

Diese Einschränkung ist aus dem Sinn und Zweck des § 447 BGB herzuleiten. Es ist im Rahmen der gegenseitigen Interessenabwägung nur dann billig, die Gefahr schon mit der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson übergehen zu lassen, wenn die verkaufte Sache vom Erfüllungsort, an dem der Käufer sie an sich abholen müßte, versandt wird, nicht aber, wenn der Verkäufer - vielleicht um eigene Transportkosten zu sparen - die verkaufte Sache von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort an den Käufer versenden läßt. Die Versendung bis zum Erfüllungsort bleibt dann ein Akt des internen Geschäftsvorganges des Verkäufers, der den Käufer grundsätzlich nicht belasten darf [70].

b. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Käufer sich mit der Versendung von einem anderen Ort aus einverstanden erklärt [71], wenn er also weiß und einwilligt, daß das Transportrisiko von einem anderen Ort aus seinen Anfang nimmt. Ein solches Einverständnis ist nach dem Handelsbrauch bei den vertraglich vereinbarten Klauseln ab Werk, ab Fabrik, ab Hafen usw. anzunehmen [72], weil durch diese klargestellt wird, daß der Verkäufer nicht vom Erfüllungsort, sondern von einem anderen, im Vertrag

---

Fikentscher § 67 IV 4 h; Esser § 103, 7.

70) vgl. RGZ 111, 25; RG LZ 1931, 567; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 5; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 3; Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 65; Heinichen in HGB-RGRK, 1. Aufl., Anh. zu § 382 HGB Anm. 46.

71) vgl. RGZ 111, 25; BGH NJW 1965, 1324; Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 a; Esser § 103, 7.

72) vgl. dazu Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 6; Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. II 1 b; OLG Hamburg MDR 1948, 16; Esser § 103, 7; Delbrück MDR 1947, 64.

jeweils näher bezeichneten Ort aus versendet.

c. Einen Übergang der Gefahr wird man bei einer Versendung der Ware von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort auch dann annehmen müssen, wenn die Versendung für den Käufer lediglich Vorteile bringt, sei es, daß die Versendung weniger gefahrvoll ist, sei es, daß die Entfernung zwischen Absendeort und Bestimmungsort geringer und damit billiger ist.

d. Schwierig und in Literatur und Rechtsprechung nicht näher behandelt sind die Fälle, in denen die Entfernung des Absendeortes vom Bestimmungsort zwar weiter ist als die des Erfüllungsortes vom Bestimmungsort, in denen die Ware jedoch erst kurz vor Erreichen des Bestimmungsortes untergeht.

Man kann sich in einem solchen Fall auf den Standpunkt stellen, daß § 447 BGB hier nicht anwendbar sei, weil der Käufer die Versendung von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort nicht wünschte und es daher an einem Verlangen im Sinne des § 447 BGB fehle. Eine solche Betrachtungsweise wird jedoch nicht immer den Interessen des Verkäufers gerecht, der schließlich auch hier mit der Versendung an den Bestimmungsort ein Geschäft im Interesse des Käufers wahrnimmt. Es wird daher dem Sinn und Zweck des § 447 BGB eher entsprechen, wenn man in solchen Fällen wie folgt unterscheidet:

aa. Kommt die Ware auf dem Wege vom Absendeort zum Bestimmungsort durch den Erfüllungsort, so geht die Preisgefahr entsprechend § 447 BGB dann auf den Käufer über, wenn die Ware den Erfüllungsort passiert.

bb. Kommt die Ware auf ihrem Wege zum Bestimmungsort nicht durch den Erfüllungsort, so wird man bei gleichem Versendungsrisiko die Gefahr in dem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen lassen, in dem die Ware vom Bestimmungsort genau so weit entfernt ist, wie der Erfüllungsort vom Bestimmungsort; denn für diese Entfernung wollte der Käufer insoweit die Gefahr auf sich nehmen. Geht die Ware also, wie oben angenommen wurde, erst kurz vor dem Bestimmungsort unter, so hat grundsätzlich der Käufer die Gefahr zu tragen.

4. Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 447 BGB ist, daß die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers versandt wird. Erfolgt die Versendung nicht auf Wunsch des Käufers, sondern ohne dessen Einverständnis, so geht die Gefahr im Zeitpunkt der Übergabe der Ware an die Transportperson noch nicht auf den Käufer über [73], es bleibt vielmehr bei der allgemeinen Regelung des § 446 BGB [74]. Dies ergibt sich nicht nur aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes, der ein Verlangen des Käufers voraussetzt, sondern auch aus dem Sinn und Zweck des § 447 BGB. Hat nämlich der Käufer die

---

73) vgl. Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 a; Fikentscher § 67 IV 4 k.

74) vgl. Schlegelberger-Hefermehl Einl. zu § 373 HGB Anm. 39.

Versendung der Ware nicht verlangt, so reist sie auch nicht in seinem Interesse, und es ist dann recht und billig, wenn der Verkäufer das Risiko für sein eigenmächtiges Versenden selbst zu tragen hat.

Das Versendungsverlangen kann vom Käufer entweder ausdrücklich erklärt sein oder es kann sich, falls eine solche ausdrückliche Erklärung fehlt, stillschweigend aus den näheren Umständen oder aus der Verkehrssitte ergeben [75]. Bestellt beispielsweise ein Käufer von einem anderen Ort aus Waren, so kann dies nach den Umständen vom Verkäufer grundsätzlich nur so aufgefaßt werden, daß dem Käufer die Ware zugesandt werden soll. Es ist in einem solchen Fall dann so lange von einem Versendungsverlangen des Käufers auszugehen, als dieser dem Verkäufer nicht gegenteilige Anweisung erteilt [76].

Weitere Voraussetzung für den Übergang der Gefahr nach § 447 BGB ist, daß der Verkäufer die verkaufte Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausliefert.

a. Unter der Auslieferung ist ein tatsächlicher Vorgang zu verstehen [77]. Der bloße Auftrag an den Spediteur genügt nicht [78]. Die Auslieferung umfaßt

---

75) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 8.

76) So Heinichen in HGB-RGRK, 1. Aufl., Anh. zu § 382 HGB Anm. 48; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 8.

77) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 20.

78) vgl. Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 5; RGZ 115, 162.

als Übergabe alle Vorgänge, die zur ordnungsgemäßen Versendung der Ware notwendig sind [79].

b. Als Beförderungs- und Transportpersonen kommen nicht nur die im Gesetz aufgezählten Frachtführer und Spediteure in Betracht, sondern ganz allgemein jede Person, die Transporte durchführt, also auch der einfache Bote [80].

c. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Gefahr gemäß § 447 BGB auch dann auf den Käufer übergeht, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache nicht einem Spediteur oder einer sonstigen Beförderungsperson übergibt, sondern die Versendung ganz oder teilweise durch eigene Leute durchführen läßt.

aa. Ursprünglich wurde in Literatur und Rechtsprechung die Meinung vertreten, daß die Besonderheit des Versendungskaufes gerade darin bestehe, daß die Ware durch dritte unbeteiligte Personen versandt werde [81]. Demzufolge schloß man § 447 BGB für die Fälle aus, in denen der Verkäufer die Versendung durch eigene Leute durchführen ließ [82].

bb. Später änderte das Reichsgericht seine Meinung und ließ die Gefahr gemäß § 447 BGB auch dann übergehen,

---

79) vgl. RGZ 92, 271 (273); Schlegelberger-Hefermehl Einl. zu § 373 HGB Anm. 43; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 20; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 12.

80) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 13; Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 b.

81) vgl. Leonhard, Teil B, S. 27; Schubert S. 46; Molitor S. 21; Titze S. 154; Säger LZ 1907, 418; Adler ZHR 72, 417; vgl. auch Sachs S. 7; Gierke

wenn der Verkäufer sich bei der Versendung der verkauften Ware eigener Leute bediente. Die maßgebliche Entscheidung in RGZ 96, 258 begründet diese Auffassung damit, daß es nach dem Grundgedanken des § 447 BGB unbillig sei, wenn der Verkäufer, der auf Verlangen und im Interesse des Käufers die Versendung der verkauften Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort besorge und damit eine ihm als Verkäufer an sich nicht obliegende Leistung übernehme, noch länger die Gefahr zu tragen habe. Dem Grundgedanken der Vorschrift werde man nur dann gerecht, wenn man die mit der Versendung der Ware verbundene Gefahr allein den Käufer tragen lasse, und zwar ganz gleich, von wem die Versendung ausgeführt werde, sei es von einer dritten Person, sei es von dem Verkäufer oder von einem seiner Leute.

cc. Diese Auffassung des Reichsgerichtes hat im Schrifttum allgemein Anklang gefunden [83]. Sie wird allein dem Sinn und Zweck des § 447 BGB gerecht und führt auch zu keiner weitergehenden Belastung des Käufers, dem es letztlich gleich sein

---

§ 192 IV 3.

82) vgl. die unter Anm. 81 genannten Fundstellen.

83) So Oertmann § 447 BGB Bem. 4; Planck § 447 BGB Anm. 2 c; Dernburg § 172 II 2; Endemann I § 159 a Anm. 4; Crome § 213 Bem. 17; Cosack I § 124 Bem. 6 a; Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. 2 b; Fikentscher § 67 IV 4 f; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 6 und 13; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 14; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 12; Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 4; Schlegelberger-Hefermehl Einl. zu § 373 HGB Anm. 41; Post S. 63.

kann, ob die von ihm gekaufte Sache durch eine selbständige Beförderungsperson oder durch die eigenen Leute des Verkäufers übersandt wird. Oftmals, insbesondere wenn es sich um eine sehr empfindliche Ware handelt, wird der Käufer sogar ein Interesse daran haben, daß die Ware nicht durch unbeteiligte Dritte, sondern durch die mit den Eigenheiten der Ware besser vertrauten Leute des Verkäufers versandt wird.

6. Wichtig erscheint noch innerhalb dieses Abschnittes der Arbeit, auf die Terminologie beim Versendungskauf näher einzugehen. Leider werden auch heute noch Begriffe vielfach gleichbedeutend verwendet, die einen völlig verschiedenen Sinn haben; Mißverständnisse und Widersprüche sind die Folge solcher Ungenauigkeit. So gebraucht beispielsweise Ostler [84] die Begriffe Distanzkauf und Fernkauf gleichbedeutend im Sinne des Versendungskaufes nach § 447 BGB, ohne darauf hinzuweisen, daß die nicht dem juristisch-technischen Sprachgebrauch entspricht. Werneburg [85] gebraucht demgegenüber die Begriffe Distanzkauf und Fernkauf gleichbedeutend im Sinne eines qualifizierten Versendungskaufes, auf den § 447 BGB bekanntlich keine Anwendung findet [86].

a. Der Begriff des Fernkaufes ist von Dernburg geprägt worden [87]. Er versteht darunter ein Kaufgeschäft

---

84) Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 1; vgl. auch Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 1.

85) Werneburg, Recht und Handel 1926, 929.

86) vgl. S. 21 d. A.

87) Dernburg § 172 II.

bei dem im Gegensatz zu dem Versendungskauf die verkaufte Sache nicht an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, sondern gerade nach dem Erfüllungsort versandt wird, Bestimmungsort und Erfüllungsort sind also identisch. Der von Dernburg geprägte Begriff des Fernkaufes deckt sich insofern inhaltlich mit dem von Cosack gewählten Begriff des verschärften oder qualifizierten Versendungskaufes und darf daher nicht gleichbedeutend mit dem Begriff des Versendungskaufes gemäß § 447 BGB verwendet werden.

b. Der Begriff des Distanzkaufes ist auf dem Gebiet des Handelsrechtes gebildet worden und hat mit der Gefahrtragung nach § 447 BGB an sich nichts zu tun [88]. Die Handelsgeschäfte teilt man im Rahmen des § 379 HGB in zwei Gruppen ein: Entweder sind sie Platzgeschäfte oder Distanzgeschäfte.

aa. Unter einem Platzgeschäft versteht man nach allgemeiner Meinung [89] dasjenige Kaufgeschäft, bei dem der Kaufvertrag innerhalb derselben politisch-geographischen Gemeinde abgewickelt und erfüllt wird, sei es, daß der Käufer die tatsächliche Herrschaft über die gekaufte Sache ohne besondere Versendung an demselben Ort erhält, an dem der Verkäufer sie aus der Hand läßt (sog. Platzgeschäft im engeren Sinne, reines Platzgeschäft, Handkauf, Realkauf oder Lokogeschäft [90]), sei es, daß die verkaufte Sache innerhalb derselben Gemeinde

---

88) vgl. Brüggemann in HGB-RGRK § 379 HGB Anm. 4; Horstmann S. 69; darüber hinaus hat der Begriff des Distanzkaufes im Rahmen des § 44 KO Bedeutung.

89) vgl. Brüggemann in HGB-RGRK § 379 HGB Anm. 10; Horstmann S. 66.

versandt wird (sog. Platzgeschäft im weiteren Sinne [91]).

bb. Unter einem Distanzgeschäft versteht man demgegenüber ein Kaufgeschäft, bei dem die verkaufte Ware von einer Ortschaft (Gemeinde im politisch-geographischen Sinne) nach einer anderen versandt wird [92], wobei gleichgültig ist, ob der Bestimmungsort zugleich Erfüllungsort ist oder nicht [93].

c. Bei der Auslegung der Begriffe Platz- und Distanzgeschäft wird man bezüglich ihrer Verhältnisse zum Versendungskauf zu folgendem Ergebnis kommen:

aa. Beim Platzgeschäft scheiden für den Versendungskauf nach § 447 BGB von vornherein die Fälle des Platzgeschäftes im engeren Sinne aus, da hier die verkaufte Sache nicht versendet, sondern unmittelbar an den Käufer übergeben wird. In einem solchen Falle geht die Gefahr nach der allgemeinen Regelung des § 446 BGB mit der Übergabe der Ware auf den Käufer über.

bb. Handelt es sich um ein Platzgeschäft im weiteren Sinne, so liegt ein Versendungskauf dann vor, wenn der Bestimmungsort und der Erfüllungsort nicht identisch sind. Bei einem Platzgeschäft ist allerdings sorgfältig zu prüfen, ob nicht die Lieferung der verkauften Sache in die Wohnung oder das Geschäftslo

---

90) vgl. Heinichen in HGB-RGRK, 1. Aufl., Anh. § 382 HGB Anm. 45 b.

91) vgl. Horstmann S. 83.

92) vgl. Gierke S. 482; Post S. 4.

93) vgl. Horstmann S. 66 f; Kleinrath S. 9.

des Käufers vom Verkäufer als Teil der Erfüllungspflicht übernommen worden ist, die Parteien also eine sog. Bringschuld vereinbart haben. Dies ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn der Verkäufer die Ware regelmäßig seinen Kunden durch eigene Boten oder Lieferwagen in das Haus zu bringen pflegt oder wenn es sich um Geschäfte des täglichen Lebens handelt, bei denen die Waren nach allgemeinem Geschäftsgebrauch innerhalb derselben Ortschaft zugeschickt werden (z. B. Kohlen- und Kartoffellieferungen) [94].

cc. Das Distanzgeschäft ist ein Versendungskauf, wenn Bestimmungsort und Erfüllungsort nicht identisch sind, die Versendung also nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort erfolgt.

dd. Liegt der Erfüllungsort entgegen der Regel des § 269 Abs. 1 BGB ausnahmsweise am Bestimmungsort, so ist der Distanzkauf ein qualifizierter Versendungskauf oder Fernkauf und § 447 BGB ist nicht anwendbar.

d. Der Begriff des Versendungskaufes ist also einerseits enger als der Begriff des Distanzkaufes, der auch den Fernkauf umfassen kann, andererseits ist er jedoch weiter, denn er kann auch ein Platzgeschäft (im weiteren Sinne) sein. Wenn Ostler die Begriffe Distanzkauf und Versendungskauf daher

---

94) vgl. dazu Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 16; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c; Schubert S. 45; Meyer S. 7. Zur Frage der Beweislast vgl. die Ausführungen bei Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 85; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 16.

gleichbedeutend gebraucht, so ist dies ebenso unrichtig, wie wenn Werneburg den Begriff Distanzkauf mit dem Begriff des qualifizierten Versendungskaufes oder Fernkauf gleichsetzt.

VII Die Gefahrtragung bei bedingten Kaufverträgen

Es wurde bereits ausgeführt [95], daß die Gefahr nach dem Wortlaut des § 447 BGB nur dann auf den Käufer übergehen kann, wenn eine verkaufte Sache an die Transportperson übergeben wird [96], nicht aber, wenn über die zu versendende Ware erst später ein Kaufvertrag geschlossen werden soll [97]. Offen blieb noch die Frage, wer die Gefahr zu tragen hat, wenn die Parteien über die zu versendende Ware zwar einen Kaufvertrag, diesen aber unter einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung abgeschlossen haben.

1. Haben die Parteien einen auflösend bedingten Versendungskauf vereinbart und tritt die Bedingung nicht ein, so ist dieser Fall so zu behandeln, als sei von Anfang an ein unbedingter Kaufvertrag geschlossen worden [98]. Die Preisgefahr geht gemäß § 447 BGB also bereits mit der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson auf den Käufer über, und der Verkäufer wird zu diesem Zeitpunkt von seinem

---

VII 95) vgl. S. 19 d. A.

96) vgl. auch RGZ 75, 115; 85, 320 (322); Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a.

97) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 16; OLGE 22, 210; 33, 365; Eccius GruchB. 41, 883.

98) vgl. Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 3;

Risiko hinsichtlich des Kaufpreisanspruches frei.

2. Tritt bei einem auflösend bedingten Versendungskauf die Bedingung nachträglich ein, so kann, da ein Kaufpreisanspruch gegenüber dem Käufer gemäß § 158 Abs. 2 BGB nicht mehr besteht, § 447 BGB keine Anwendung finden [99]. Der Verkäufer ist, selbst wenn die Sache vor dem Eintritt der auflösenden Bedingung untergegangen ist, nicht mehr berechtigt, vom Käufer den Kaufpreis zu verlangen [100].

3. In gleicher Weise ist der Fall zu beurteilen, in dem die Parteien einen aufschiebend bedingten Versendungskauf vereinbart haben und die Bedingung nicht eintritt. Da ein Kaufpreisanspruch nie entstanden ist, kann von einer Preisgefahr und deren Übergang schon rein begrifflich nicht die Rede sein; die Vorschrift des § 447 BGB ist also nicht anwendbar [101].

4. Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in denen bei einem aufschiebend bedingten Versendungskauf die Bedingung erst nach der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson und nach erfolgtem Untergang der Sache eintritt.

Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 23; Enneccerus-Lehmann § 103 III 1.

99) vgl. Stern S. 97; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 23.

100) vgl. Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 3; Enneccerus-Lehmann § 103 III 1; Stern S. 97; Schubert S. 44.

101) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 22; Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 3; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 11.

a. Es wird teilweise die Ansicht vertreten, daß der Kaufvertrag, der nach § 158 Abs. 1 BGB grundsätzlich erst mit Eintritt der Bedingung wirksam wird, bei einem vorzeitigen Untergang der Sache wegen objektiver Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 306 BGB nichtig sei und von einer Gefahr hinsichtlich des Kaufpreisanspruches daher nicht die Rede sein könne [102].

b. Diese Meinung ist jedoch abzulehnen. Die Vorschrift des § 306 BGB stellt hinsichtlich der Unmöglichkeit der Leistung allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses und nicht auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit des Vertrages ab [103]. Der nach Abschluß des aufschiebend bedingten Kaufvertrages und vor Eintritt der Bedingung erfolgte Untergang der Sache führt lediglich zu einer nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung, auf die nicht § 306 BGB, sondern die §§ 323 ff BGB anzuwenden sind [104]. Da der aufschiebend bedingte Kaufvertrag und damit der Kaufpreisanspruch gemäß § 158 Abs. 1 BGB erst mit dem Eintritt der Bedingung wirksam wird und von einer Preisgefahr daher zum Zeitpunkt der Übergabe der Ware noch nicht die Rede sein kann, ist die Vorschrift des § 447 BGB nicht anwendbar. Der Käufer braucht, wenn man allein auf § 158 Abs. 1 BGB abstellt, den vor dem Eintritt der Bedingung

---

102) So Kluckhohn S. 117; im Ergebnis ebenso Siber S. 228; Oertmann § 446 BGB Bem. 6 b.

103) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a.

104) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 22; Enneccerus-Lehmann § 103 III 1.

erfolgten Untergang der Sache nicht als Preisgefahr zu tragen [105].

c. Gemäß der Vorschrift des § 159 BGB kann zwischen den Parteien allerdings vereinbart werden, daß die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden sollen [106]. Ist eine solche Vereinbarung getroffen worden, so ist es im Falle des Eintritts der Bedingung gemäß § 159 BGB so anzusehen, als habe der Kaufpreisanspruch bereits bei Abschluß des aufschiebend bedingten Kaufvertrages wirksam bestanden und als sei die Preisgefahr demzufolge mit der Übergabe der Ware an die Transportperson auf den Käufer übergegangen [107]. Der Käufer hat dann also die Preisgefahr bereits für den vor dem Eintritt der Bedingung und nach der Übergabe der Ware an die Transportperson eingetretenen Untergang der Sache zu tragen.

An die Voraussetzungen des § 159 BGB dürfen im Rahmen des Versendungskaufes keine allzu strenge Anforderungen gestellt werden. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die Rückwirkung des Bedingungseintritts ist nicht erforderlich. Es genügt grundsätzlich, wenn sich konkludent aus den näheren Umständen ergibt, daß die Rechtsfolgen des § 159 BGB gewollt sind. Vereinbaren die Kaufparteien beispielsweise,

---

105) vgl. Enneccerus-Lehmann § 103 III 1; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 22; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a.

106) vgl. Enneccerus-Lehmann § 103 III 1; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 2 b.

107) So Kisch S. 66; Planck § 446 BGB Bem. 2 c; Staudinger § 446 BGB Bem. 22; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a.

daß der Käufer die an ihn versandte Ware so benutzen darf, als wenn die Sache in Erfüllung eines unbedingt geschlossenen Kaufvertrages übergeben worden wäre, so wird man in der Regel davon ausgehen können, daß der spätere Eintritt der Bedingung ex tunc Wirkung im Sinne von § 159 BGB haben soll [108]. Haben die Kaufparteien dagegen vereinbart, daß der Käufer die an ihn versandte Sache zunächst noch nicht oder nur als Mieter gegen ein bestimmtes Entgelt benutzen darf, so spricht dies grundsätzlich dafür, daß eine Rückwirkung gemäß § 159 BGB nicht gewollt ist [109]. Während im ersteren Fall der Käufer die Preisgefahr rückwirkend vom Zeitpunkt der Übergabe der Ware an die Transportperson trägt, wird der Verkäufer im letzteren Fall erst mit dem Eintritt der Bedingung gemäß § 447 BGB von der Preisgefahr frei.

VIII Gefahrtragung bei Gattungsschulden

Bisher wurde stillschweigend davon ausgegangen, daß Gegenstand des Versendungskaufes eine Speziessache ist. Nun soll noch geklärt werden, inwieweit die Vorschrift des § 447 BGB auch auf den Gattungskauf anwendbar ist und welche Besonderheiten dabei möglicherweise zu berücksichtigen sind.

---

108) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 11; Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 3; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 22; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Adler ZHR 72, 413; Leonhard, Teil B, S. 25.

109) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, Einl. zu § 373 HGB Anm. 104; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 22; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a.

Unter einem Gattungskauf versteht man ein Kaufgeschäft, bei dem der Leistungsgegenstand sich nicht wie bei dem Spezieskauf auf eine konkrete, individuell bestimmte, sondern nur auf eine nach Gattungs- und Artmerkmalen sowie nach Stückzahl, Menge und Gewicht bestimmbare Sache bezieht [110].

Bedenken gegen eine Anwendbarkeit des § 447 BGB auf den Gattungskauf könnten sich insofern ergeben, als der Wortlaut des Gesetzes von "der" verkauften Sache spricht und dies grundsätzlich so auszulegen ist, daß es sich insoweit um eine konkrete Sache handeln muß. Bei einem Gattungskauf ist eine solch konkrete Sache aber gerade nicht geschuldet, der Verkäufer hat vielmehr die freie Wahl, mit welcher der vielen möglichen Gattungssachen er seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag erfüllen will [111]. Die ihm obliegende Leistung ist nur in der Weise bestimmt, als die Sache, mit der er die Leistung letztlich bewirkt, den vereinbarten Art- und Gattungsmerkmalen entsprechen muß [112].

Bei genauer Betrachtung wird man bei einem Gattungskauf aber ebenfalls von "der" verkauften Sache sprechen können; es kommt der Ausdrucksweise des § 447 BGB insoweit allerdings eine tiefere Bedeutung zu [113]. Will der Verkäufer nämlich die ihm auf Grund des Kaufvertrages obliegende Leistung

---

VIII 110) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 12.

111) vgl. Palandt-Danckelmann § 243 BGB Bem. 1; Fikentscher § 28 II 1.

112) vgl. Soergel-Reimer Schmidt § 243 BGB Bem. 1.

113) Ob dies vom Gesetzgeber beabsichtigt war oder

erfüllen, so muß er zwangsläufig eine der vielen möglichen Gattungssachen auswählen, um sie dem Käufer übergeben und übereignen zu können. Bei jedem Gattungskauf tritt also im Laufe der Vertragsabwicklung ein Zeitpunkt ein, zu dem der zunächst nur nach allgemeinen Gattungs- und Artmerkmalen bestimmte Leistungsgegenstand sich auf eine konkrete Sache individualisiert und damit die für die Erfüllung notwendige Bestimmtheit erlangt [114].

4. Der Zeitpunkt, zu dem die Gattungsschuld sich auf eine bestimmte Sache beschränkt, tritt gemäß § 243 Abs. 2 BGB ein, wenn der Verkäufer das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat. Man nennt diesen Vorgang, der sich praktisch als Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld darstellt [115], Konzentration, Konkretisierung, Individualisierung oder Spezialisierung [116]. Die zunächst nur der Gattung nach bestimmbare Sache wird durch den Vorgang der Konzentration zu einer konkret bestimmten Sache (die gekaufte Sache), die dann als die allein geschuldete Leistung anzusehen ist [117].

---

nicht, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Bei der Auslegung des Gesetzes ist in erster Linie der Wortlaut der Rechtsnorm von Bedeutung.

114) vgl. Fikentscher § 28 II 1.

115) vgl. Fischer JherJb. 51, 202; Kleinrath S. 10; Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 12.

116) Zur Terminologie vgl. Palandt-Danckelmann § 243 BGB Anm. 3; Nastelski in BGB-RGRK § 243 BGB Anm. 18; Staudinger-Weber § 243 BGB Bem. 39; Kleinrath S. 10.

117) Zu der Frage, ob die Konzentration insoweit rückwirkende Kraft hat, vgl. Staudinger-Weber § 243 BGB Bem. 39.

Der in § 447 Abs. 1 BGB gebrauchte Ausdruck "die gekaufte Sache" führt mithin zu der Auslegung, daß die Gefahr grundsätzlich [118] nur dann auf den Käufer übergehen kann, wenn eine Speziessache an die Transportperson übergeben wird [119], sei es, daß bereits nach dem Inhalt des Kaufvertrages eine Spezies geschuldet ist, sei es, daß erst später durch Konzentration der Gattungsschuld eine Spezies entsteht [120]. Daraus folgt: Ist die Gattungsschuld noch nicht konkretisiert, hat der Verkäufer also noch nicht den endgültigen Leistungsgegenstand zum Zwecke der Erfüllung aus der Gattung ausgewählt, so handelt es sich nicht um die verkaufte Sache im Sinne des § 447 Abs. 1 BGB, und die Preisgefahr verbleibt trotz der Übergabe der Sache an die Transportperson weiterhin bei dem Verkäufer [121]. Folgendes Beispiel mag dies erläutern: Hat der Verkäufer dem Spediteur eine Weizenmenge von 500 Ztr. übergeben

---

118) Zu der Frage, inwieweit bei sog. Sammelsendungen eine Konkretisierung notwendig ist, vgl. Eisser S. 12; Harder S. 34 ff; Kleinrath S. 35; Smoschewer S. 40 ff; Post S. 54 ff; Breit S. 142 ff; v. Oppen S. 21 f; Oertmann § 447 Bem. 4 e; Cosack § 122 II 6 a; Fischer JherJb. 51, 236 ff; RGZ 88, 390; 92, 128; OLG Hamb. LZ 1916, 767; ROHG 23, 145; Titze S. 260 ff; Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 e; Planck § 447 BGB Bem. 3; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 41; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 25; Ehrenberg Bd. IV, 2. Abt., S. 430.

119) vgl. Kleinrath S. 34; Motive zum BGB Bd. II, S. 327.

120) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 12; Fikentscher § 28 II 1; Cosack S. 518; Kleinrath S. 10; Fischer JherJb. 51, 202; Schubert S. 43.

121) vgl. Endemann Bd. II, S. 640; Adler ZHR 72, 425; Benck BB 1947, 109; Kleinrath S. 35; Düringer-Hachburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 92.

und davon 10 Ztr. für den Käufer B bestimmt, ohne diese Menge von dem übrigen Weizen erkennbar abzusondern, so braucht der Käufer B, wenn während der Versendung 10 Ztr. Weizen untergehen, mangels Konzentration nicht die Preisgefahr zu tragen.

b. Diese Folgerung läßt sich nicht nur aus dem Wortlaut des § 447 BGB schließen, sondern ergibt sich auch zwingend aus dem Wesen der Preisgefahrtragung. Die Gefahr, den Kaufpreis zahlen zu müssen, ohne die Sache zu erhalten, kann auf den Käufer nur übergehen, wenn der Verkäufer im Falle des zufälligen Untergangs der Sache von seiner Verpflichtung zur Leistung frei wird (§ 275 BGB). Bleibt er weiterhin zur Leistung verpflichtet, muß er also eine andere gleichwertige Sache liefern, so erhält der Käufer für seinen Kaufpreis die volle vertragliche Gegenleistung, und für eine Preisgefahr ist schon begrifflich kein Raum. Während nun bei einer Speziesschuld die Leistungsgefahr bereits mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht [122], wird bei einer Gattungsschuld der Verkäufer vor Eintritt der Konzentration gemäß § 279 BGB selbst dann nicht von seiner Leistungspflicht frei, wenn ihn an seinem Unvermögen kein Verschulden trifft [123]. Der Verkäufer trägt also grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Konzentration die Leistungsgefahr [124], so daß frühestens mit diesem Zeitpunkt die Preisgefahr

---

122) vgl. S. 11 d. A.

123) vgl. Soergel-Reimer Schmidt § 279 BGB Bem. 1.

124) Näheres zum Begriff der Leistungsgefahr vgl. S. 7 d. A.

auf den Käufer übergehen kann [125/126]. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings eine Ausnahme: Gehen beispielsweise alle in Frage kommenden Leistungsgegenstände der Gattung unter, so wird der Verkäufer, da eine Leistung aus der Gattung nicht mehr möglich ist (§ 279 BGB), auch ohne Konzentration von der Leistungsgefahr frei [127].

Wann, d. h. zu welchem Zeitpunkt die Konzentration der Gattungsschuld eintritt, bestimmt sich danach, wann der Verkäufer das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243 Abs. 2 BGB). Beim Versendungskauf gemäß § 447 BGB hat der Verkäufer in der Regel das seinerseits Erforderliche dann getan, wenn er Waren mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB) aus der Gattung ausgeschieden und der Transportperson ordnungsgemäß zur Versendung übergeben hat [128]. Es bewirkt also grundsätzlich derselbe Tatbestand, der die Gattungsschuld durch Konzentration in eine Spezies und

---

125) Breit (S. 145), der die Ansicht vertritt, daß zwischen der Konzentration der Gattungsschuld und dem Gefahrübergang nach § 447 BGB kein notwendiger Zusammenhang bestehe, übersieht diesen letzteren Gesichtspunkt.

126) So die fast einhellige Meinung RGZ 88, 389; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 40; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 24; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 16; Fikentscher § 28 III 2 a; Goldmann-Lilienthal § 131 I 6; Siber S. 243; Smoschewer S. 20, 35 und 40; Benck BB 1947, 109; Nolte ZHR 89, 53; Kleinrath S.34; Harder S. 34; a. A. Breit S. 144 f und Hanausek Bd. I, S. 109.

127) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 20 I c; Cosack S. 518.

128) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 24; Kleinrath S. 35; Endemann Bd. I, S. 947.

die Leistungsgefahr gemäß § 275 BGB auf den Käufer übergehen läßt, auch den Übergang der Preisgefahr nach § 447 Abs. 1 BGB [129].

IX Der Umfang der Preisgefahr in § 447 BGB

1. Der Begriff der Gefahr in § 447 Abs. 1 BGB bezieht sich, wie bereits ausgeführt [130], inhaltlich auf das periculum obligationis und zwar auf die Preisgefahr. Noch offen blieb die schwierige und rechtlich umstrittene Frage, hinsichtlich welcher Gefahren der Käufer die Preisgefahr gemäß § 447 BGB zu tragen hat, in welchen Fällen der Leistungsunmöglichkeit und Leistungsverschlechterung er also dennoch zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet ist.

2. Aus dem Wortlaut des § 447 BGB läßt sich auf diese Frage unmittelbar keine Antwort finden. Während das Gesetz in § 446 BGB, als der allgemeinen Gefahrtragungsnorm für den Kauf, von der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung spricht [131], heißt es in § 447 BGB lediglich:

---

129) vgl. RGZ 57, 141; 106, 212; 108, 187; 111, 25; Cosack S. 518; Adler ZHR 72, 425; Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 92.

130) vgl. S. 11 d. A.

131) Die Formulierung Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung ist an sich unglücklich gewählt. Dies wird insbesondere deutlich, wenn man den allgemeinen Begriff der Gefahr durch den zutreffenderen Begriff der Preisgefahr ersetzt. Was nämlich unter der Preisgefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung im einzelnen zu verstehen ist, läßt sich nur schwer erraten. Klarer wäre

.... so geht die Gefahr auf den Käufer über. Nach fast einhelliger Meinung soll sich jedoch aus dem engen Zusammenhang der beiden Gefahrtragungsvorschriften ergeben, daß auch in § 447 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung gemeint ist, die Vorschrift des § 447 BGB also insofern stillschweigend auf die vorangestellte Vorschrift des § 446 BGB verweist [132].

In der Auslegung des Begriffes Untergang besteht in Literatur und Rechtsprechung heute im großen und ganzen Einigkeit. Zunächst verstand man unter dem Begriff des Untergangs nur die körperliche Vernichtung der Sache [133]. Nach und nach hat sich aber eine mehr wirtschaftliche Betrachtungsweise durchgesetzt [134], nach der ein tatsächlicher Verlust der Sache der körperlichen Vernichtung der Sache dann gleichzustellen ist, wenn die Sache dem Rechtsverkehr unwiederbringlich entzogen ist und dem Verkäufer dadurch die

---

etwa folgende Formulierung des § 446 BGB: Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Preisgefahr (für die Fälle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung) über; dabei kann das in Klammer Gesetzte, wie noch zu zeigen ist, gestrichen werden.

132) OGHZ 2, 202 (204); Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 29; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 19; Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. III 1; Post S. 61; Smoschewer S. 13; Hofemann S. 24.

133) vgl. RGZ 87, 136; 106, 17 ff; WarnRspr. 1918, 27; OGHZ 2, 204; Warneyer Komm. § 447 BGB Bem. V; Planck § 446 BGB Erl. 2 a; Hofemann S. 25; Kleinrath S. 26.

134) vgl. RGZ 114, 405; OGHZ 1, 110 = NJW 1949, 23.

Erfüllung seiner Leistungspflicht unmöglich geworden ist [135]. So gilt beispielsweise ein im Meer versunkener Gegenstand, obwohl er in seiner Substanz nicht zerstört oder sonstwie beeinträchtigt ist, im Sinne des § 446 BGB als untergegangen [136].

b. Unter dem Begriff der Verschlechterung versteht man allgemein die durch körperliche Einwirkung herbeigeführte Beeinträchtigung der verkauften Sache [137]. Dabei muß es sich allerdings um eine im Rahmen der Mängelhaftung erhebliche Beeinträchtigung handeln [138], da der Käufer eine nur unwesentliche Beeinträchtigung der Ware nicht erst vom Zeitpunkt der Übergabe der Ware, sondern bereits vom Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses an zu tragen hat. Dies folgt aus der Vorschrift des § 459 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach eine nur unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit der Sache keine Gewährleistungsansprüche auslöst.

3. Stark umstritten ist die nunmehr interessierende Frage, ob der Käufer die Preisgefahr nur hinsichtlich der in § 446 BGB genannten Fälle des Untergangs

---

135) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 10; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 4.

136) vgl. Härle SJZ 1948, 205; Rosenthal § 446 BGB Anh. Nr. 1276.

137) vgl. Struwe S. 58; Ksoll S. 50.

138) vgl. Crome § 213, 4; Dernburg § 174 VIII; Oertmann § 446 BGB Bem. 2; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 4; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a.

und der Verschlechterung oder auch hinsichtlich anderer denkbarer Schadensfälle zu tragen hat [139].

a. Die herrschende Meinung [140] ist der Ansicht, daß der Übergang der Preisgefahr sich nur auf die Fälle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung beschränke. Sonstige Fälle tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit sollen dagegen, insbesondere wenn sie auf obrigkeitlicher Anordnung (z. B. Beschlagnahme) oder auf einer gesetzgeberischen Handlung (z. B. Verbot des freien Handelns mit gewissen Rohstoffen) beruhen, nicht unter die §§ 446, 447 BGB fallen. Die Rechtsverhältnisse der Parteien bestimmten sich dann vielmehr ausschließlich nach den §§ 275, 323 BGB bzw. den §§ 434, 440, 323 BGB, d. h., der Verkäufer werde von seiner Leistungspflicht zwar frei, er könne aber vom Käufer nicht mehr die Zahlung des Kaufpreises verlangen [141].

---

139) vgl. Erman-Groepper Vorb. zu §§ 323 ff BGB Bem. 7; Siebert in Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft 1954, S. 125 ff; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 78 b.

140) So RGZ 87, 136; 106, 17; RG JW 1925, 2326; WarnRspr. 1918, 27; OLG Frankfurt BB 1948, 27; OLG Stuttgart LZ 1917, 1010; OGHZ 2, 204; Warneyer Komm. § 447 BGB Bem. V; Planck § 446 BGB Erl. 2 a; Dernburg § 174 VIII; Endemann Bd. I, S. 948; Crome Bd. II, S. 415; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 6 und 10 und 447 BGB Bem. 19; Struwe S. 58; Schubert S. 42; Stoll DJZ 1924, 830; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 4 und § 447 BGB Bem. III 1 b; Sieveking MDR 1949, 332; Smoschewer S. 13; Härle SJZ 1948, 205; Hofemann S. 25; etwas weiter auslegend: Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 5 und § 447 BGB Anm. 29; v. Oppen S. 19.

141) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 7; Struwe S. 58; Schubert S. 42.

Die herrschende Meinung stützt sich bei der Auslegung des Umfangs der Preisgefahr - soweit sie überhaupt eine nähere Begründung angibt - im wesentlichen auf die Terminologie und auf die systematische Stellung der §§ 446, 447 BGB im Gesetz. Der Gesetzgeber, so argumentiert sie, habe im Bürgerlichen Gesetzbuch sorgfältig zwischen den Begriffen Untergang und Unmöglichkeit unterschieden [142]. Dies ergebe sich deutlich aus den Vorschriften der §§ 292, 351, 989 BGB, in denen der "Untergang" und die "aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe" im Gesetzestext nebeneinandergestellt und damit ausdrücklich voneinander unterschieden würden. Da der Gesetzgeber in § 446 BGB nur die Fälle des Untergangs und der Verschlechterung genannt habe, so müsse daraus geschlossen werden, daß der Verkäufer die anderen Fälle der Unmöglichkeit und des Unvermögens als Preisgefahr weiterhin zu tragen habe [143]. Auch aus der Stellung der §§ 446, 447 BGB im Gesetz, die nur für den Sachkauf gelten, lasse sich schließen, daß im Rahmen dieser Vorschriften nur solche Gefahren übergehen könnten, die sich unmittelbar auf den körperlichen Bestand der Sachen beziehen [144].

b. Gegen diese Beschränkung der §§ 446, 447 BGB auf die Fälle des Untergangs und der Verschlechterung

---

142) vgl. OLG Frankfurt BB 1948, 27.

143) vgl. OLG Frankfurt BB 1948, 27.

144) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 29; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 7.

wenden sich vor allem Beitzke [145] und Bettermann [146]. Sie vertreten die Ansicht, daß dem Untergang und der Verschlechterung auch andere Fälle der Unmöglichkeit oder eines rechtlichen Unvermögens gleichzustellen seien. Sie bemängeln, daß die herrschende Meinung sich zu sehr an den Wortlaut des Gesetzes klammere und dabei den Sinn und Zweck der §§ 446, 447 BGB verkenne [147]. Bei der Auslegung eines im Gesetzeswortlaut enthaltenen Begriffes müsse vor allem die Interessenlage, die der Norm zugrundeliege, berücksichtigt werden, und zwar so, wie der Gesetzgeber sie gesehen und bewertet habe. Nur eine genügende Berücksichtigung des Gesetzgeberwillens könne bei der Auslegung der §§ 446, 447 BGB zu einem vernünftigen und tragbaren Ergebnis führen.

Dieser Meinung von Beitzke und Bettermann hat sich ein Teil der Literatur [148] - allerdings mehr

---

145) Beitzke MDR 1947, 281 ff.

146) Bettermann ZHR 111, 102 ff.

147) vgl. Bettermann ZHR 111, 106.

148) OGHZ 1, 110 (115) = NJW 1949, 22; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 2 und § 447 BGB Anm. 6; Soergel-Ballerstedt § 446 BGB Bem. 4 und § 447 BGB Bem. 17; Fischer-Henle § 447 BGB Bem. 4; Crome Bd. II, § 213; Hofemann S. 26; Titze S. 266 f; OLG Kassel HEZ 1, 195; Molitor S. 20; Geiler JW 1919, 182; Röschinger NJW 1949, 142; Kleinrath S. 26; Kegel DRZ 1948/49, Beih. 7, S. 19; Casper JW 1925, 591; Krekels NJW 1947/48, 93; Adler ZHR 86, 290; Ulmer SJZ 1946, 224; Boehmer DRZ 1949, Beih. 8, S. 12.

oder weniger deutlich und teilweise mit gewissen Einschränkungen sowie zumeist ohne tiefere Begründung - angeschlossen.

d. Die Frage, welcher der beiden gegensätzlichen Meinungen letztlich zu folgen ist, soll nunmehr durch eine genauere Untersuchung und Auslegung der Gesetzesvorschrift zu beantworten versucht werden.

4. Für die Auslegung von Gesetzen gilt der allgemeine Grundsatz des § 133 BGB entsprechend [149], d. h., es ist unter Anwendung der verschiedenen Auslegungsmethoden der wirkliche Inhalt der Gesetzesnorm zu ermitteln.

a. Beginnt man, wie dies üblich ist [150], mit der philologischen bzw. grammatischen Auslegung [151] der Gesetzesvorschrift, so bleibt festzustellen, daß der Gesetzgeber das Wort Gefahr in § 447 BGB ohne erläuternden Zusatz oder inhaltliche Verweisung auf eine andere Gesetzesnorm gebraucht hat. Eine Einschränkung des Gefahrbegriffes nur auf die in § 446 BGB genannten Fälle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung läßt sich vom Wortlaut des § 447 BGB daher nicht rechtfertigen. Der

---

149) vgl. RGZ 139, 112; BGHZ 2, 184 = LM zu § 133 BGB D 2.

150) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 301 ff; Soergel-Reimer Schmidt Einl. zu § 1 BGB Bem. 107; Staudinger-Brändl Einl. zu § 1 BGB Bem. 57.

151) Näheres zu dieser Auslegungsmethode: Enneccerus-Nipperdey § 56 I; Lange § 9 III 4; Soergel-Reimer Schmidt Einl. zu § 1 BGB Bem. 107; Staudinger-Brändl Einl. zu § 1 BGB Bem. 57.

weitgefaßte Wortlaut der Vorschrift spricht vielmehr grundsätzlich für eine Auslegung des Gefahrbegriffes in der Weise, daß im Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson jegliche Gefahr, die den Kaufpreisanspruch noch in irgendeiner Weise berühren könnte, auf den Käufer übergeht.

b. Die sog. systematische Auslegung [152] führt zu keinem anderen Ergebnis: Die Vorschriften der §§ 446, 447 BGB stehen als Gefahrtragungsnormen zwar in einem unmittelbaren örtlichen und sachlichen Zusammenhang. Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die Vorschrift des § 447 BGB hinsichtlich des Umfanges des Gefahrenbegriffes stillschweigend auf die Vorschrift des § 446 BGB verweise [153]. Es bestehen nämlich zwischen der Vorschrift des § 446 BGB und der Vorschrift des § 447 BGB gewisse sachliche Unterschiede:

aa. Wird die Sache dem Käufer übergeben und erhält dieser dadurch den unmittelbaren Besitz an der Sache, so kann eine den Käufer belastende Rechtsänderung ohne dessen Einwilligung und ohne ein vom Verkäufer zu vertretendes Handeln grundsätzlich nicht mehr eintreten. Daraus folgt, daß die Preisgefahr sich in § 446 BGB in der Regel nur auf die beiden im Gesetz genannten Fälle des Untergangs und der Verschlechterung beziehen kann.

---

152) vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey § 56 II; Larenz, Methodenlehre S. 305; Soergel-Reimer Schmidt Einl. zu § 1 BGB Bem. 112.

153) so auch v. Oppen S. 18.

bb. Anders liegt der Fall beim Versendungskauf des § 447 BGB. Hier gibt der Verkäufer mit der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson zwar ebenfalls den Besitz an der Ware auf, der Käufer erlangt zu diesem Zeitpunkt aber im Normalfall noch keinen unmittelbaren Besitz an der Ware, so daß die verkaufte Sache während der Versendung nicht nur tatsächlichen, sondern auch rechtlichen Einwirkungen ausgesetzt ist. Die Ware kann beispielsweise aus Versehen einem falschen, aber gutgläubigen Empfänger ausgeliefert werden, der dann das Eigentum an der Ware erlangt [154], oder die Ware kann unterwegs mit einem Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht belastet werden, das der Käufer unter Umständen gegen sich gelten lassen muß [155]. Da die verkaufte Sache beim Versendungskauf somit nicht nur den in § 446 BGB genannten Gefahren des Untergangs und der Verschlechterung, sondern in der Regel auch anderen schädigenden Ereignissen tatsächlicher oder rechtlicher Art ausgesetzt ist, kann eine stillschweigende Verweisung und Beschränkung des § 447 BGB auf die in § 446 BGB genannten Gefahren aus dem örtlich und sachlich engen Zusammenhang der beiden Vorschriften nicht ohne weiteres geschlossen werden. Es ist durchaus denkbar, daß im Wortlaut des § 447 BGB der Begriff der Gefahr im Gegensatz zu § 446 BGB bewußt ohne weiteren Zusatz oder Einschränkung gebraucht worden ist.

---

154) vgl. dazu den skizzierten Fall auf S. 73 f d. A.

155) vgl. RGZ 99, 56 ff.

cc. Selbst wenn man aber davon ausgeht, wie dies nicht nur seitens der herrschenden Meinung, sondern im wesentlichen auch seitens der Mindermeinung geschieht, daß § 447 BGB hinsichtlich des Umfanges der Preisgefahr stillschweigend auf § 446 BGB verweist, so kann daraus nicht der zwingende Schluß gezogen werden, daß der Käufer die Preisgefahr nur für die in § 446 BGB ausdrücklich aufgeführten Gefahren zu tragen habe. Der Gesetzgeber kann die Fälle des Untergangs und der Verschlechterung in § 446 BGB auch nur als Beispiele für die häufigsten der Ware drohenden Gefahren angeführt haben [156]. Dafür spricht insbesondere folgender Gesichtspunkt: Da der Käufer nach § 446 BGB selbst die Gefahr des vollständigen Untergangs der Ware zu tragen hat, so muß er, das ergibt sich aus dem Schluß des argumentum a maiore ad minus, erst recht die Gefahr für die weniger gravierenden Fälle der Unmöglichkeit oder eines rechtlichen Unvermögens tragen [157].

c. Die geschichtliche Entwicklung und Entstehungsgeschichte der §§ 446, 447 BGB (sog. historische Auslegung [158]) zeigt gleichfalls, daß die von der herrschenden Meinung vorgenommene Einschränkung des Gefahrbegriffes nur auf die Fälle des Unterganges und der Verschlechterung nicht gerechtfertigt ist.

---

156) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Erman-Groepper Vorb. zu §§ 323 ff BGB Bem. 7; Bettermann ZHR 111, 106.

157) vgl. RGZ 99, 58.

158) vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey § 56 II; Larenz, Allg. Teil des BGB, § 2 III; Larenz, Methodenlehre, S. 309 f; Soergel-Reimer Schmidt Einl. zu § 1 BGB Bem. 114; Lange § 9 III 4 d.

aa. Im römischen und im gemeinen Recht galt der Rechtssatz "periculum est emptoris" [159], d. h., der Verkäufer wurde bereits mit Abschluß des Kaufvertrages von sämtlichen Gefahren, die den Kaufpreisanspruch noch in irgendeiner Weise berühren könnten, frei. Im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von Österreich (ABGB) [160], im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (Pr. ALR) [161] und in anderen Partikularrechten [162] galt dagegen die deutschrechtliche Regelung, wonach der Verkäufer erst mit der Übergabe der Ware an den Käufer von der Preisgefahr frei wurde [163]. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich, wie aus dem Gesetzestext des § 446 BGB deutlich wird, für die deutschrechtliche Regelung entschieden und läßt dementsprechend die Preisgefahr grundsätzlich mit der Übergabe der Ware auf den Käufer übergehen [164]. Da sowohl nach dem Allgemeinen

---

159) vgl. Enneccerus-Lehmann § 103 I; Matthiaß S. 191; Endemann Bd. I, S. 946; Dernburg § 174 I; Eisser S. 7.

160) vgl. § 1064 und §§ 1048 bis 1051 ABGB.

161) vgl. Pr. ALR, Teil I, 11. Ti., §§ 95 ff.

162) Näheres dazu Motive zum BGB Bd. II, S. 325.

163) Enneccerus-Lehmann § 103 I; Beitzke MDR 1947, 281; Esser § 103, 1; Dernburg § 174 I; Endemann Bd. I, S. 946; Matthiaß S. 291; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 3; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 3; Eisser S. 7; ROHG 6, 103; 7, 234.

164) So im wesentlichen auch die nordischen Rechte vgl. Enneccerus-Lehmann § 103 I. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den im römischen und gemeinen Recht geltenden Rechtssatz "periculum est emptoris" wohl zu Recht verworfen. Ein Übergang der Preisgefahr läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn, wie im römischen Recht, gleichzeitig das Eigentum an der Sache auf den

Bürgerlichen Gesetzbuch von Österreich als auch nach dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten mit der Übergabe der Sache sämtliche Gefahren auf den Käufer übergingen [165], hätte der Gesetzgeber, wenn er beabsichtigte, auch von der deutschrechtlichen Regelung insoweit abzuweichen, dies sicherlich klar zum Ausdruck gebracht. Es ergibt sich jedoch weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch [166] eine Einschränkung des bis dahin geltenden Rechts. Daraus muß geschlossen werden, daß auch nach § 446 BGB die Preisgefahr hinsichtlich sämtlicher Gefahren übergehen soll.

bb. Geht man entsprechend der überwiegenden Meinung davon aus, daß § 447 BGB hinsichtlich des Umfangs der Preisgefahr stillschweigend auf § 446 BGB verweist, so muß sich konsequenterweise bereits aus dieser Verweisung eine weite Auslegung des Gefahrbegriffes in § 447 BGB ergeben. Im übrigen gingen aber auch nach der dem § 447 BGB als Vorbild dienenden [167] und bis dahin geltenden Bestimmung des Art. 345 ADHGB mit der Übergabe der Ware an die

---

Käufer übergeht, nicht aber, wenn das Eigentum, wie im deutschen Recht, erst infolge eines zusätzlichen dinglichen Vertrages und der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht.

165) vgl. v. Gierke § 192 IV 1; Endemann Bd. I, S. 946.

166) vgl. Protokolle zum BGB Bd. II, S. 68 f; Motive zum BGB Bd. II, S. 326 ff.

167) vgl. Protokolle zum BGB, Bd. II, S. 68 f; Motive zum BGB, Bd. II, S. 326; v. Oppen S. 18 ff.

Transportperson sämtliche Gefahren, also nicht nur die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung, auf den Käufer über [168]. Da der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Vorschrift des § 447 BGB weder im Gesetz noch in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch [169] auf eine gewollte Einschränkung der bis dahin geltenden Rechtsnorm hingewiesen hat, muß der Begriff der Gefahr in § 447 BGB ebenfalls sämtliche Gefahren, die den Kaufpreisanspruch in irgendeiner Weise beeinträchtigen können, umfassen.

d. Ein wesentliches Kriterium bei der Auslegung eines Gesetzes ist auch die Feststellung des mit der Gesetzesnorm beabsichtigten Zwecks (sog. teleologische Auslegung [170]). Dazu ist die Interessenlage klarzustellen, d. h., es sind die verschiedenen Interessen und Bedürfnisse genauer zu ermitteln, zu deren Ausgleich die Vorschrift dienen soll [171].

aa. Ausgangspunkt für die Gefahrtragungsverteilung beim Kaufvertrag ist der Gegensatz zwischen den Interessen des Verkäufers einerseits und den Interessen des Käufers andererseits. Das Interesse des Verkäufers geht grundsätzlich dahin, jegliches Risiko für die bei ihm lagernde Ware so bald wie möglich

---

168) vgl. Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. I und Bem. 19; ROHG 5, 404; 6, 102; 7, 231; 13, 368; 21, 355; 22, 285; Makover Komm. zum ADHGB 1893 Art. 345 Fn. 16.

169) vgl. Protokolle zum BGB, Bd. II, S. 68 f; Motive zum BGB, Bd. II, S. 326 f.

170) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 56 II; Larenz, Allg. Teil zum BGB, § 2 III; Larenz, Methodenlehre, S. 311 f; Soergel-Reimer Schmidt Einl. zu § 1 BGB Bem. 116; Staudinger-Brändl Einl. zu § 1 BGB Bem. 57.

auf den Käufer abzuwälzen. Dem Interesse des Käufers dagegen entspricht es, das Risiko für die verkaufte Sache so lange wie möglich bei dem Verkäufer zu belassen.

Ganz allgemein läßt sich zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs sagen, daß die Preisgefahr frühestens mit dem Abschluß und spätestens mit der vollständigen Erfüllung des Kaufvertrages auf den Käufer übergehen kann. Vorher und nachher bestehen zwischen den Parteien in der Regel keine schuldrechtlichen Verpflichtungen, so daß von einem periculum obligationis im Sinne der Preisgefahr schon rein begrifflich nicht gesprochen werden kann.

Für den Verkäufer am günstigsten ist der im römischen und gemeinen Recht geltende und bereits erwähnte [172] Rechtssatz "periculum est emptoris", d. h., die Preisgefahr geht bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über. Für den Käufer dagegen ist am günstigsten, wenn die Preisgefahr so lange beim Verkäufer verbleibt, bis dieser den Kaufvertrag vollständig erfüllt hat [173].

bb. Die Lösung des Interessenkonfliktes zwischen Verkäufer und Käufer ist weniger eine Frage der Logik [174] als vielmehr eine Frage der Interessenabwägung und Interessenbewertung, die, wie ein Vergleich der

---

171) vgl. Larenz, Allg. Teil zum BGB, § 2 III.

172) vgl. S. 17 und 56 d. A.

173) vgl. § 323 BGB.

174) vgl. Jagusch SJZ 1947, 195 ff.

verschiedenen Rechtssysteme [175] zeigen würde, unterschiedlich beantwortet werden kann [176]. Im Rahmen der Auslegung der §§ 446, 447 BGB kommt es daher darauf an, wie das Bürgerliche Gesetzbuch die Bewertungsfaktoren für die Abwägung des aufgezeigten Interessenkonfliktes bindend gesetzt hat.

cc. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist im Kaufrecht, wie bereits erwähnt [177], dem deutschrechtlichen Prinzip gefolgt. Es hat also weder auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch auf den Zeitpunkt der vollständigen Erfüllung, sondern auf den im praktischen Leben leicht feststellbaren und zwischen den beiden Extremen liegenden Zeitpunkt der Übergabe der Sache abgestellt.

aaa. Dem deutschrechtlichen Gefahrtragungsprinzip und damit auch dem Gefahrtragungsprinzip des § 446 BGB liegt der Gedanke zugrunde, daß - unabhängig vom periculum rei - grundsätzlich derjenige das Risiko der Sache zu tragen hat, der die Möglichkeit hat, die Sache zu überwachen und durch besondere Maßnahmen zu schützen [178]. Dieses sog. Herrschaftsprinzip kann allerdings, wie der nachfolgende

---

175) vgl. dazu Anm. 48 und 164 d. A.

176) vgl. Jagusch SJZ 1947, 195 ff.

177) vgl. S. 56 d. A.

178) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 82; Leonhard, Teil B, S. 20; Fikentscher § 67 IV 3; Enneccerus-Lehmann § 103 I; Molitor S. 19; Stulz S. 46; Atzler S. 45; Siebert in Aktuelle Probleme in der Versicherungswirtschaft 1954, S. 125 f; vgl. auch Motive zum BGB, Bd. II, S. 323.

Fall zeigt, nicht das einzige Kriterium für die Abgrenzung der Risikosphären des Verkäufers und des Käufers sein. Geht die verkaufte Sache beispielsweise bei dem Käufer durch Blitzschlag unter, so hat dieser, falls die übrigen Voraussetzungen des § 446 BGB gegeben sind, die Preisgefahr zu tragen, obwohl es sich nicht um eine Gefahr handelt, die er hätte beherrschen oder abwehren können.

bbb. Außer dem Herrschaftsprinzip ist für die Gefahrtragungsregelung des § 446 BGB ein weiteres Prinzip, das man als wirtschaftliches Prinzip bezeichnen kann, von großer Bedeutung. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs richtet sich nämlich vor allem danach, wer die verkaufte Sache wirtschaftlich nutzen kann [179]. Solange der Verkäufer die Sache noch nicht übergeben hat, gehört die Sache sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich zu seinem Vermögen,und es ist billig, wenn dementsprechend er die Preisgefahr zu tragen hat. Ist die verkaufte Sache dagegen dem Käufer übergeben worden, so gehört die Sache zwar rechtlich noch dem Verkäufer, wirtschaftlich ist sie jedoch bereits dem Vermögen des Käufers voll zugeordnet [180]. Dem Käufer gebühren

---

179) vgl. Leonhard, Teil B, S. 16 f; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II; Es gilt insoweit der römische Rechtssatz: cuius est periculum, eius est commodum. Vgl. dazu Fikentscher § 67 V 2; Dernburg § 175 I; Endemann Bd. I, S. 957.

180) Wenn neuerdings - im Gegensatz zu früher - teilweise die Auffassung vertreten wird, daß der tatsächlichen Übergabe der Ware der Fall gleichzusetzen ist, daß zwischen Verkäufer und Käufer ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. der §§ 930, 868 (allerdings ohne Erfüllungswirkung) vereinbart wird, so ist dies unter anderem die konsequente

gemäß § 446 Abs. 1 S. 2 BGB sämtliche Nutzungen der Sache, und er hat für alle Lasten der Sache aufzukommen. Es ist daher folgerichtig, wenn das Gesetz nunmehr mit dem wirtschaftlichen Übergang der Sache auch die Preisgefahr auf den Käufer übergehen läßt [181].

ccc. Sowohl aus dem Herrschaftsprinzip als auch aus dem wirtschaftlichen Prinzip folgt, daß die Preisgefahr zum Zeitpunkt der Übergabe hinsichtlich sämtlicher den Kaufpreisanspruch noch berührenden Gefahren übergehen muß. Ebenso wie der Verkäufer für den Zeitraum, in dem er die Sache beherrschen, schützen und wirtschaftlich nutzen kann, die Preisgefahr hinsichtlich sämtlicher Gefahren zu tragen hat, so muß der Käufer für den Zeitraum, in dem er allein diese Möglichkeiten hat, ebenfalls sämtliche Gefahren tragen. Nach der Übergabe der Sache an den Käufer wird der Verkäufer also von der Preisgefahr nicht nur hinsichtlich der in § 446 BGB ausdrücklich aufgeführten Gefahren des Untergangs und der Verschlechterung frei, sondern auch hinsichtlich anderer Fälle einer zufällig eintretenden

---

Folgerung aus der soeben aufgezeigten Abgrenzung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die Sache gehört nämlich wirtschaftlich zum Vermögen des Besitzmittlers, da dieser allein darüber bestimmt, wer den unmittelbaren Besitz an der Sache, wie lange und unter welchen Konditionen erhalten soll. Vgl. dazu Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Fikentscher § 67 IV 2; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 2 b; Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 12; Soergel-Ballerstedt § 446 BGB Bem. 5; Enneccerus-Lehmann § 103 II 1; a. A. Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 3; Esser § 103, 2.

181) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Leonhard, Teil B, S. 16.

Unmöglichkeit oder eines zufällig eintretenden rechtlichen Unvermögens des Verkäufers. Für diese Auslegung spricht auch, daß das Gesetz an keiner Stelle, wo von dem Tragen bzw. dem Übergang der Gefahr die Rede ist, auf einen 2. Zeitpunkt hinweist, zu dem die Preisgefahr hinsichtlich der nicht ausdrücklich erwähnten Gefahren übergehen soll.

ddd. Für die Richtigkeit dieser weiten Auslegung des § 446 BGB spricht ferner, daß sie zu gerechteren Ergebnissen führt [182]. Dies soll an folgendem Beispiel kurz erläutert werden: Hat der Verkäufer sich das Eigentum an der verkauften Sache vorbehalten, weil der Käufer den Kaufpreis nicht sofort, sondern nur in einzelnen Raten abbezahlen kann, und wird die Sache kurz vor der Bezahlung der letzten Rate infolge eines von den Parteien nicht zu vertretenden Umstandes beschlagnahmt, so entspricht es einer gerechten Abwägung, wenn diesen Schaden allein der Käufer zu tragen hat. Die Sache gehörte infolge des Eigentumsvorbehaltes zwar rechtlich noch zum Vermögen des Verkäufers, wirtschaftlich aber war sie bereits voll dem Vermögen des Käufers eingegliedert. Der Käufer war während der ganzen Zeit berechtigt, die Sache zu benutzen und die Gebrauchsvorteile daraus zu ziehen, während der Verkäufer keinerlei Vorteile aus der Sache hatte. Würde man sich in einem solchen Fall auf den Standpunkt der herrschenden Meinung stellen und die Preisgefahr nur für die Fälle des Untergangs und der Verschlechterung auf

---

182) Zu diesem Auslegungsgesichtspunkt vgl. Enneccerus-Nipperdey § 56 III.

den Käufer übergehen lassen, so würde der Eigentumsvorbehalt, der den Verkäufer letztlich schützen und sichern soll, ihm hier gerade zum Nachteil gereichen. Eine solche Lösung wäre nicht nur untragbar, sondern würde auch dem Sinn und Zweck des § 446 BGB völlig widersprechen.

dd. Kehrt man nach dieser Klarstellung des Umfangs der Preisgefahr in § 446 BGB und der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Gefahrtragungsprinzipien zu der Ausgangsfrage zurück, ob die Preisgefahr des § 447 BGB sich nur auf die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung oder auch auf andere Gefahren bezieht, so ist zu prüfen, welche Gründe den Gesetzgeber zu einer Abweichung von der soeben genauer untersuchten Regelung des § 446 BGB veranlaßt haben und inwieweit sich daraus bei der Auslegung des § 447 BGB die von der herrschenden Meinung geforderten Einschränkungen ergeben könnten.

aaa. Bei der Gefahrtragungsregelung des § 447 BGB ist das Herrschaftsprinzip und das wirtschaftliche Prinzip zunächst insofern von Bedeutung, als der Verkäufer die Preisgefahr so lange zu tragen hat, als er die tatsächliche Herrschaftsgewalt über die Sache ausübt und ihm die Vorteile aus der tatsächlichen Nutzung der Sache zufließen. Da der Käufer mit der Übergabe der Sache an die Transportperson aber grundsätzlich weder den unmittelbaren Herrschaftsbesitz erhält,noch die Sache während der

Versendung bereits wirtschaftlich nutzen kann, ist zunächst nicht ersichtlich, warum der Käufer nunmehr die Preisgefahr hinsichtlich sämtlicher Gefahren tragen soll.

bbb. Bei genauerer Untersuchung zeigt sich, daß der Gefahrtragungsregelung noch ein weiteres Prinzip zugrundeliegt; Der Umstand, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Erfüllungsort gemäß § 269 Abs. 1 BGB grundsätzlich an den Wohnsitz bzw. an die geschäftliche Niederlassung des Schuldners legt, hat nicht nur zur Folge, daß der Käufer allein hier die Erfüllungshandlung verlangen kann, sondern bedeutet zugleich, daß der Verkäufer hier in der Regel von jeder Gefahr, die die Ware noch treffen kann, frei werden soll [183/184]. Hat der Verkäufer es daher auf Wunsch des Käufers übernommen, die Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu versenden, so kommt er mit der ordnungsgemäßen Übergabe der Ware an die Transportperson nicht nur seiner geschuldeten Erfüllungshandlung nach, sondern befreit sich zugleich von jeglichem Risiko hinsichtlich der zu versendenden Ware. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Gefälligkeit des Verkäufers, der zusätzlich die Versendung der Ware übernommen hat, dadurch bestraft werden soll, daß ihm die Preisgefahr länger aufgebürdet wird, als wenn er die Sache am

---

183) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c; Bettermann ZHR 111, 105; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 2.

184) Aus diesem Grund findet die Vorschrift des § 447 BGB auch in all den Fällen keine Anwendung, in denen die Ware nicht vom, sondern an den Erfüllungsort versandt wird.

Erfüllungsort unmittelbar an den Käufer übergeben hätte. Man bedenke dazu den Fall, daß der Verkäufer eine zusätzliche Versendung der Ware abgelehnt hätte und zwischen den Kaufparteien mit Rücksicht darauf lediglich ein einfacher Kauf vereinbart worden wäre. Der Verkäufer könnte den Käufer dann durch Anzeige seiner Lieferbereitschaft in Annahmeverzug setzen (§§ 293, 295 BGB) und wäre dann nicht nur von der Gefahr eines zufällig eintretenden Schadens befreit, sondern brauchte selbst für einen von ihm leicht fahrlässig herbeigeführten Schaden nicht einzustehen (§ 300 Abs. 1 BGB).

ccc. Bei näherer Betrachtung ergibt sich also, daß die Vorschrift des § 447 BGB den Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht vorverlegen will; der Sinn und Zweck der Vorschrift besteht vielmehr allein darin, daß durch die vom Käufer gewünschte Versendung und die damit verbundene Verzögerung der Übergabe der Ware der durch § 446 BGB bestimmte Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht auf Kosten des Verkäufers hinausgeschoben wird [185]. Dieses Gefahrtragungsprinzip, das auch der Gefahrtragungsregelung beim Verzug zugrundeliegt, führt zu dem Schluß, daß die Übergabe der Sache an die Transportperson der unmittelbaren Übergabe der Sache an den Käufer gleichzustellen ist [186] und der Umfang der Preisgefahr in § 447 BGB daher nicht enger als in § 446 BGB gezogen werden darf.

---

185) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c; Bettermann ZHR 111, 105.

186) vgl. dazu Pr. ALR Teil I, 11. Ti., § 128, der die Übergabe der Ware an die Transportperson ebenfalls der Übergabe an den Käufer gleichstellt.

Die Begründung der herrschenden Meinung erscheint gegenüber den hier im einzelnen angeführten Argumenten, die sämtlich eine weite Auslegung des Gefahrbegriffes in § 447 BGB fordern, zu formal. Es fällt überhaupt auf, daß die herrschende Meinung sich nur wenig um eine tiefere Begründung ihrer Auffassung bemüht. Zumeist begnügt sie sich damit, auf Entscheidungen des Reichsgerichts hinzuweisen, die sich aber bei näherer Betrachtung durchaus nicht im Sinne der herrschenden Meinung verwerten lassen [187].

a. Der von der herrschenden Meinung angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1918, 218 ff lag im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger (Verkäufer) hatte dem Beklagten (Käufer) Garn unter der Garantie der Verwendungsfreiheit verkauft. Nach der Absendung des Garns wurde die betreffende Garnsorte allgemein für beschlagnahmt erklärt und dem freien Verkehr entzogen. Die Ware kam beim Beklagten zwar wohlbehalten an, er durfte das Garn wegen der Beschlagnahmewirkung aber nicht mehr verarbeiten. - Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung den Kaufpreisanspruch des Klägers zwar für unbegründet erachtet, dies jedoch nicht, weil der Kläger als Verkäufer die Gefahr der Beschlagnahme weiterhin zu tragen habe, sondern weil infolge der Beschlagnahme das unter der Garantie der Verwendungsfreiheit gekaufte Garn nicht mehr verwendungsfrei war. Die Frage der Gefahrtragung spielte also

---

187) vgl. Casper JW 1925, 591 f.

für die Entscheidung keine Rolle. Bestimmend war allein die Klausel der Verwendungsfreiheit. Es ist daher wenig überzeugend, wenn die herrschende Meinung sich zur Begründung ihrer Auffassung gerade auf diese Entscheidung des Reichsgerichts beruft [188].

b. Nicht viel anders steht es mit der viel zitierten Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 106, 16 ff. Hier war während des Krieges eine Hafersendung auf dem Transport beschlagnahmt worden, weil man irrtümlich die Beimengung von zwangsbewirtschaftetem Brotgetreide vermutet hatte. Nach Aufklärung des Irrtums wurde die Sendung an den Käufer weiterversandt. Dieser hatte dem Verkäufer aber in der Zwischenzeit wegen Verzugs eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gemäß § 326 BGB gestellt und war nach Ablauf der Frist vor dem Erhalt der Ware vom Kaufvertrage zurückgetreten. Der Verkäufer hielt den Rücktritt für unwirksam und klagte gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises. - Das Reichsgericht führt in seinen Urteilsgründen zwar aus, die Beschlagnahme falle nicht unter den Begriff der Gefahr im Sinne des § 447 BGB, da für die §§ 446, 447 BGB nur solche Gefahren in Frage kommen könnten, die auf den körperlichen Bestand der Sache unmittelbar einwirkten. Diese Ausführungen tragen jedoch die Entscheidung nicht und sind daher mit Vorsicht zu beurteilen. Das Reichsgericht folgert nicht, die

---

188) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 20.

Beschlagnahme falle nicht unter die Transportgefahr, also brauche der Käufer den Kaufpreis nicht zu zahlen, sondern es kommt gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnis: Der Beklagte habe den vollen Kaufpreis zu zahlen, da er mangels Verzuges des Klägers nicht zum Rücktritt gemäß § 326 BGB berechtigt gewesen sei. Der Kläger sei seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrage mit der Absendung der verkauften Sache in vollem Umfang nachgekommen, und die während der Versendung eingetretene Verzögerung könne ihn daher nicht mehr belasten.

In beiden angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts war die Frage der Gefahrtragung für die Urteilsfindung also nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Es kann die von der herrschenden Meinung behauptete Rechtsansicht des Reichsgerichts daher keineswegs als gefestigt angesehen werden. Dies gilt umsomehr, als das Reichsgericht in den Entscheidungen, in denen es tatsächlich auf die Frage der Gefahrtragung entscheidend ankam, die Vorschrift des § 447 BGB weit ausgelegt und nicht nur auf die Fälle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung beschränkt hat.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang vor allem die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 114, 405 ff [189]. Hier nahm das Reichsgericht bei der Beschlagnahme der versandten Ware durch die

---

189) vgl. RGZ 114, 405 = JW 1927, 43 = LZ 1927, 316 = JR 1927, 8 = Recht 1926, 2422.

Feindesmächte einen Untergang im Sinne des § 446 BGB an, obwohl die Sache rein tatsächlich noch vorhanden war, dem Verkäufer seine Leistung also nicht objektiv unmöglich geworden ist, wie dies die herrschende Meinung bei der Auslegung des Begriffes Untergang an sich verlangt [190]. Das Reichsgericht begründete seine Entscheidung damit, daß die Sache durch die Beschlagnahme dem inländischen Rechtsverkehr entzogen sei und dieser dauernde Entzug dem körperlichen Untergang der Sache gleichzustellen sei.

e. Auch aus der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 99, 56 ff läßt sich erkennen, daß der Begriff der Gefahr in § 447 BGB nach der Auffassung des Reichsgerichts grundsätzlich weit auszulegen ist. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, daß der Spediteur, dem der Verkäufer die verkaufte Sache ordnungsgemäß zur Absendung übergeben hatte, die Ware angesichts der unruhigen Zeit versichern ließ und die Ware dem Käufer nur herausgeben wollte, wenn dieser ihm die ausgelegte Versicherungsprämie bezahlte. Der Käufer weigerte sich und lehnte auch die Zahlung des Kaufpreises ab, da der Spediteur die verkaufte Sache ohne Bezahlung der Versicherungsprämie nicht herausgebe. Der Verkäufer klagte daraufhin gegen den Käufer auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises mit der Begründung, der Käufer trage gemäß § 447 BGB nicht nur die Gefahr

---

190) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 10; Erman-Weitnauer § 446 BGB Bem. 4.

des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Ware, sondern auch die Gefahr, daß die Ware unterwegs mit einem Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht oder in sonstiger Weise belastet werde. Das Reichsgericht gab der Klage in vollem Umfang statt. In seiner Entscheidung führt es unter anderem aus, die Preisgefahr in § 447 BGB beziehe sich nicht nur auf die Fälle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung. Auch hinsichtlich anderer Vorkommnisse, die am körperlichen Bestand der Ware nichts änderten, die Lage des Käufers aber insofern erschwerten, als er die Waren nur gegen eine besondere Leistung - hier die Zahlung der vom Spediteur genommenen Versicherungsprämie - ausgehändigt erhalte, habe der Käufer die Preisgefahr zu tragen. Die Versendung geschehe im ausschließlichen Interesse des Käufers, und der Verkäufer könne daher für das weitere Schicksal der Sache nicht verantwortlich gemacht werden. Es fehle überhaupt, so meint das Reichsgericht, jeder innere Grund, zu unterscheiden, ob die Ware auf dem Transport in ihrer Substanz untergehe oder ob sie durch einen - sei es berechtigten oder unberechtigten - Eingriff von dritter Seite dem Käufer entzogen werde.

Wie weit das Reichsgericht letztlich den Begriff der Gefahr in § 447 BGB ausgelegt wissen will und wo die Grenzen im einzelnen liegen sollen, ist aus diesen beiden Entscheidungen allerdings nicht genau ersichtlich, insbesondere hat das Reichsgericht nicht

zu der Frage Stellung genommen, ob auch ein bloß rechtliches, subjektives Unvermögen des Verkäufers, das während der Versendung durch ein zufälliges Ereignis eintritt, dem Untergang der Sache gleichzustellen ist. In RGZ 114, 405 ff hat das Reichsgericht diese Frage bewußt offen gelassen. Auch der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung BGHZ 2, 176 ff diese Frage dahingestellt sein lassen. Den Begriff des Unterganges im Sinne des § 11 EMV hat er in dieser Entscheidung allerdings weit ausgelegt. In seiner Entscheidung vom 24. 3. 1965 [191] hat der Bundesgerichtshof sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen und ausgeführt, daß der Begriff der Gefahr in § 447 BGB nicht nur die in § 446 Abs. 1 BGB genannten Veränderungen im Bestand der Ware, sondern auch andere vom Verkäufer nicht verschuldete Vorkommnisse umfasse. Den genauen Umfang des Gefahrbegriffes in § 447 BGB hat er aber ebenfalls nicht aufgezeigt.

Wenn somit auch die Frage offen bleibt, inwieweit das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof letztlich der hier vertretenen Auffassung folgen würden, so kann doch nach der soeben besprochenen höchstrichterlichen Rechtsprechung keineswegs mehr gesagt werden, daß das Reichsgericht die Begriffe Untergang und Verschlechterung in §§ 446, 447 BGB eng auslege.

6. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Meinung

---

191) BGH NJW 1965, 1324.

sprechen, wie im einzelnen ausgeführt, gewichtige Gründe. Nur durch eine weite Auslegung wird man dem Sinn und Zweck der §§ 446, 447 BGB gerecht, und nur so wird eine angemessene und für unser Rechtsempfinden gerechte Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer beim Versendungskauf gewährleistet. Dies soll noch kurz an einem weiteren Beispiel verdeutlicht werden: Meier in A bestellt bei dem Weingut X ein Faß Wein. Das Weingut X nimmt die Bestellung an und versendet den gewünschten Wein an Meier in A. Unterwegs wird das Weinfaß aus Versehen dem Meier in B ausgeliefert, der davon ausging und nach den Umständen auch davon ausgehen konnte, daß es sich bei dem Wein um die von ihm bei einem anderen Weingut bestellte Weinsendung handelte. Meier in B verkauft den Wein an seine Kunden, die den Wein zum Teil trinken und zum anderen Teil im Keller lagern. Das Weingut X verlangt von Maier in A den Kaufpreis für den versandten Wein. Meier in A lehnt dies mit der Begründung ab, er habe den bestellten Wein nicht erhalten.

Der Fall löst sich grob skizziert wie folgt: Zwischen Meier in A und dem Weingut X ist durch die Annahme der Weinbestellung ein wirksamer Kaufvertrag zustandegekommen (§§ 433, 157 BGB); die Kaufpreisforderung des Weingutes X gegen Meier in A ist also zunächst wirksam entstanden. Der Kaufpreisanspruch könnte aber nachträglich wieder erloschen sein, weil Meier in A den versandten Wein nicht erhalten hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche der Parteien das Risiko der

Versendung zu tragen hatte. Nach der Vorschrift des § 447 BGB, dessen Voraussetzungen hier zu bejahen sind, ging die Preisgefahr bereits mit der Übergabe des Weins an die Transportperson auf den Käufer Meier in A über. Da der Begriff der Preisgefahr sich nach der herrschenden Meinung nur auf die Fälle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung beschränkt, bedeutet dies im vorliegenden Fall: Der Käufer Meier in A braucht den Kaufpreis nur insoweit zu zahlen, als der Wein bei den Kunden des Meier in B bereits getrunken worden ist, denn nur insoweit ist der Wein körperlich, d. h. in seiner Substanz, untergegangen. Soweit der Wein bei den einzelnen Kunden noch lagert, das Weingut X aber aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, dem Meier in A das Eigentum und den Besitz an dem Wein zu verschaffen, ist Meier in A nicht mehr verpflichtet, den Kaufpreis ohne Erhalt des Weins zu bezahlen. Es liegt weder ein tatsächlicher noch - nach den Auslegungsgrundsätzen der herrschenden Meinung - ein wirtschaftlicher Untergang des Weins vor. Ein wirtschaftlicher Untergang kann nämlich nach der herrschenden Meinung dem tatsächlichen Untergang nur dann gleichgestellt werden, wenn dem Verkäufer die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten objektiv [192] unmöglich geworden ist, nicht aber, wenn nur ein subjektives Unvermögen des Verkäufers eingetreten ist [193].

---

192) vgl. Staudinger-Ostler § 446 BGB Bem. 10.

193) vgl. Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 29; Struwe S. 58.

Die rechtlich unterschiedliche Beurteilung des Falles je nachdem, ob der Wein bereits getrunken worden ist oder nicht, befriedigt nicht. Schließlich ist der tatsächliche Erfolg in beiden Fällen derselbe: Der Käufer Meier in A bekommt den Wein nicht. Die Unbilligkeit der Lösung nach der herrschenden Meinung liegt darin, daß das Weingut X im zweiten Fall den Kaufpreis nicht erhält, obwohl es den Wein ordnungsgemäß abgesandt hat. Das Weingut X wäre an sich nur verpflichtet gewesen, am Erfüllungsort den Wein zu übergeben. Wenn es nun auf Wunsch des Käufers die Nebenverpflichtung übernommen hat, den Wein an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu senden, so darf ihm diese Gefälligkeit nicht zum Nachteil gereichen. Was für einen Unterschied soll es da machen, ob das Weingut aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, den Besitz und das Eigentum an dem versandten Wein dem Meier in A zu übertragen. In beiden Fällen entspricht es einer gerechten Interessenabwägung, wenn Meier in A den Kaufpreis zu zahlen hat und er letztlich das Risiko der Versendung trägt. Allerdings ist Meier in A berechtigt, sich gemäß § 281 BGB die dem Weingut X zustehenden Ersatzansprüche gegen Dritte (Spediteur, Meier in B usw.) abtreten zu lassen.

Wie der kurz skizzierte Fall zeigt, führt die herrschende Meinung also nicht immer zu billigen Ergebnissen. Eine Beschränkung der Preisgefahr nur

auf die in § 446 BGB ausdrücklich genannten Fälle ist daher als dem Sinn und Zweck der §§ 446, 447 BGB widersprechend abzulehnen.

7. Als Ergebnis bleibt danach festzuhalten: Der Begriff der Gefahr in § 447 BGB umfaßt als Preisgefahr grundsätzlich alle zufällig eintretenden Umstände tatsächlicher oder rechtlicher Art, die den Kaufpreisanspruch des Verkäufers in irgendeiner Weise aufheben, schmälern oder hemmen können.

X Zur Frage der Beschränkung der Preisgefahr in § 447 BGB auf transportbedingte Gefahren

Von der weitaus herrschenden Meinung [194] in Literatur und Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, daß der Käufer nach § 447 BGB nur solche Gefahren als Preisgefahr zu tragen habe, die entweder unmittelbar oder mittelbar durch die Versendung hervorgerufen werden. Diese Einschränkung des § 447 BGB auf die sog. Transport-

---

X 194) So RGZ 88, 389; 93, 331; 99, 58; 106, 17; 114, 405; RG WarnRspr. 1918, 27; 1920, 95; 1921, 117; RG Recht 1920, 2351; 1922, 826; RG JW 1922, 641; 1918, 218; 1927, 43; RG SeuffA. 79, 105; OLG Kiel MDR 1947, 240; OLG Braunschweig MDR 1947, 290; OLG Braunschweig DRZ 1947, 62 = SJZ 1946, 224 = JBl. Braunschweig 1946, 140; OLG Hamburg MDR 1948, 15 f = HEZ 1, 52; OGHZ 1, 110 und 278; 2, 204; BGH NJW 65, 1324; Düringer-Hachenburg Bd. V, 1. Hälfte, S. 89; Heinichen in HGB-RGRK, 1. Aufl., Anh. zu § 382 HGB Anm. 50 a; Planck § 447 BGB Erl. 1; Staub Anhang zu § 382 HGB Anm. 50; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 7 und 29; Rosenthal § 447 BGB Anhang

gefahr [195] wird nicht nur von dem Teil der Literatur und Rechtsprechung gefordert, der die Preisgefahr des § 447 BGB auf die in § 446 BGB ausdrücklich genannten Fälle des Untergangs und der Verschlechterung beschränkt, sondern im wesentlichen auch von dem Teil der Literatur und Rechtsprechung, der die §§ 446, 447 BGB hinsichtlich des Umfangs der Preisgefahr grundsätzlich weit auslegt [196]. Einer derartigen Einschränkung des § 447 BGB kann jedoch nicht zugestimmt werden [197].

Aus dem Wortlaut des § 447 BGB läßt sich nicht entnehmen, daß der Käufer lediglich solche Gefahren als Preisgefahr zu tragen habe, die durch die Versendung unmittelbar oder mittelbar hervorgerufen

---

Nr. 1284; Oertmann § 447 BGB Anm. 3 d; Leonhard, Teil B, S. 27; Siber S. 226; Fikentscher § 67 IV 4 i; Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 d; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 19; Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. 4; Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 6; Esser § 103, 7 g; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 19; Schubert S. 47; Heck S. 261; Such S. 31; Kleinrath S. 25; Post S. 62; v. Oppen S. 18; Achilles-Greiff § 447 BGB Bem. 6; Meyer S. 14; Hofemann S. 27; Ulmer SJZ 1946, 235; Nolte ZHR 89, 58; Benck BB 1947, 110; De Boor S. 265; Wüstendorfer RZ 1926, 501; Boehmer DRZ 1949, Beih. 8, S. 12; Senckpiehl BB 1950, 604; Casper JW 1925, 590 f.

195) vgl. Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 19.

196) vgl. Molitor S. 20; Titze S. 266; v. Oppen S. 18; Hofemann S. 26; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Anm. 17; Ulmer SJZ 1946, 224; Boehmer DRZ 1949, Beih. 8, S. 12; Krekels NJW 1947/48, 93; Casper JW 1925, 591; Geiler JW 1919, 182.

197) So auch Beitzke MDR 1947, 281; Bettermann ZHR 111, 102 ff.

werden [198]. In § 447 BGB ist nur allgemein von der Gefahr ohne jeglichen einschränkenden Zusatz die Rede. Abgesehen davon bezieht sich der Begriff der Gefahr in § 447 BGB auch allein auf die Gefahr, die dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers und nicht etwa dem körperlichen Bestand der transportierten Sache droht [199].

2. Die herrschende Meinung leitet ihre Ansicht denn auch weniger aus dem Wortlaut des § 447 BGB als aus den Gesetzesmaterialien her, in denen im Zusammenhang mit dem Versendungskauf von der Transportgefahr die Rede ist [200]. Der Begriff der Transportgefahr ist dort aber nicht in dem Sinn gebraucht, daß beim Versendungskauf nur die Gefahren auf den Käufer übergehen, die infolge der Versendung hervorgerufen werden, sondern in dem Sinn, daß der Käufer sämtliche Gefahren zu tragen habe, denen die Ware während der Versendung ausgesetzt ist [201]. Es ist daher wenig überzeugend, wenn die herrschende Meinung sich zur Begründung ihrer Meinung in erster Linie auf die Gesetzesmaterialien beruft.

3. Heck [202] hat die herrschende Meinung durch folgende Argumentation zu begründen versucht:

---

198) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c.

199) vgl. Soergel-Ballerstedt § 446 BGB Bem. 1; Kuhn in BGB-RGRK § 446 BGB Anm. 1; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c weist mit Recht darauf hin, daß der Begriff der Transportgefahr daher irreführend ist.

200) vgl. Motive zum BGB, Bd. II, S. 326; Protokolle zum BGB, Bd. II, S. 67.

201) So auch Bettermann ZHR 111, 105; Beitzke MDR 1947, 282.

Ebenso wie der Verkäufer sich durch die Übergabe der Ware gemäß § 446 BGB nur derjenigen Gefahren entäußere, die von dem Besitzer abwendbar seien, so könne er sich durch die Versendung der Ware in entsprechender Weise auch nur derjenigen Gefahren begeben, die mit dem Transport unmittelbar oder mittelbar zusammenhingen. Dieser Erklärungsversuch überzeugt jedoch nicht. Die Preisgefahr geht gemäß §§ 446, 447 BGB nicht nur hinsichtlich eines begrenzten Kreises von Gefahren, sondern, wie bereits ausführlich dargelegt wurde [203], grundsätzlich hinsichtlich aller Gefahren, die den Kaufpreisanspruch in irgendeiner Weise bedrohen können, auf den Käufer über. Abgesehen davon verkennt Heck in seiner Begründung, daß die Preisgefahr sich in den §§ 446, 447 BGB gerade nur auf solche Schäden bezieht, die zufällig eintreten, die also auch bei genügender Sorgfalt weder vom Verkäufer noch vom Käufer hätten abgewendet werden können. Es ist daher wenig überzeugend, wenn er meint, gemäß § 446 BGB gingen nur die Gefahren auf den Käufer über, die der Verkäufer hätte beherrschen oder abwenden können.

Meyer [204] sieht den tieferen Grund der Gefahrtragungsregelung in § 447 BGB ausschließlich in der durch den Transport erhöhten Gefahr und folgert daraus, daß mithin nur die eigentliche Transport-

---

202) Heck S. 261; vgl. auch Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 29; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 88.

203) vgl. S. 52 ff d. A.

204) Meyer S. 6 und 14.

gefahr auf den Käufer als Risiko übergehen könne. - Diese Auffassung kann ebenfalls nicht geteilt werden. Es ist zwar davon auszugehen, daß das durch den Transport erhöhte Gefahrenrisiko bei der Abwägung sowie Abgrenzung der Interessen- und Risikensphären zwischen Verkäufer und Käufer eine gewisse Rolle gespielt hat. Das letztlich entscheidende Kriterium für die Gefahrtragungsregelung des § 447 BGB ist aber, daß durch die vom Käufer gewünschte Versendung und die damit verbundene Verzögerung der Übergabe im Sinne des § 446 BGB der Zeitpunkt des Gefahrenüberganges nicht auf Kosten des Verkäufers hinausgeschoben wird [205]. Es ist nicht einzusehen, warum dem Verkäufer, der es auf Wunsch und im Interesse des Käufers übernommen hat, die verkaufte Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu versenden, weiterhin ein Teil der Preisgefahr aufgebürdet werden soll, obgleich er die Ware ordnungsgemäß abgesandt und seine Verfügungsmacht über die Sache zugunsten des Käufers aufgegeben hat. Der Verkäufer ist an sich nur verpflichtet, die verkaufte Sache am Erfüllungsort zu übergeben. Will der Käufer die Sache nicht selbst abholen und macht er es dem Verkäufer durch sein Versendungsverlangen unmöglich, die Sache ihm unter Befreiung von der weiteren Gefahrtragung zu übergeben (§ 446 BGB), so ist es vom Gesetz nicht nur folgerichtig, sondern entspricht auch den allgemeinen Spielregeln der Wirtschaft, daß der Verkäufer mit der ordnungsgemäßen Übergabe der

---

205) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c; Bettermann ZHR 111, 105.

Ware an die Transportperson gleichzeitig von jeglichem Kaufpreisrisiko befreit wird [206].

Ballerstedt [207] versucht, die herrschende Meinung aus dem Verhältnis des § 447 BGB gegenüber der allgemeineren Regelung des § 446 BGB zu rechtfertigen. Er vertritt die Ansicht, daß § 447 BGB als Ausnahmevorschrift eng auszulegen sei und mit der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson die Preisgefahr daher nur hinsichtlich eines beschränkten Gefahrenkreises und zwar nur hinsichtlich der eigentlichen Transportgefahren übergehe. Die übrigen Gefahren wie auch die Nutzungen und Lasten der Sache gingen dagegen erst mit der Übergabe der Sache am Bestimmungsort auf den Käufer über.

Diese von Ballerstedt gegebene Begründung überzeugt gleichfalls nicht. Es ist schon recht zweifelhaft, ob Ausnahmebestimmungen stets eng auszulegen sind. Der Bundesgerichtshof führt in seiner Entscheidung in BGHZ 2, 306 ff aus, daß eine Erweiterung der im Gesetz genannten Ausnahmefälle nur dann unstatthaft sei, wenn die im Gesetz vorgesehene Ausnahme als streng in sich geschlossener

---

206) Daß vor allem der Erfüllungsort und nicht die Transportgefahr das entscheidende Kriterium für die Gefahrtragungsregelung beim Versendungskauf ist, wird auch daraus deutlich, daß der Verkäufer beim sog. qualifizierten Versendungskauf die Transportgefahr gerade selbst zu tragen hat; vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 3; Düringer-Hachenburg, Bd. V, 1. Hälfte, S. 85; vgl. auch Motive zum BGB, Bd. II, S. 326.

207) Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 1.

Sonderfall aufzufassen sei. Abgesehen davon ist § 447 BGB gegenüber § 446 BGB auch nicht als Ausnahmevorschrift im eigentlichen Sinne anzusehen. Die Vorschrift des § 447 BGB schränkt das in § 446 BGB festgelegte Gefahrtragungsprinzip nicht durch ein engeres Prinzip ein, sondern stellt der Übergabe der Sache an den Käufer beim Versendungskauf lediglich die Übergabe an die Transportperson gleich.

b. Ballerstedt kann auch insofern nicht gefolgt werden, als nach seiner Auffassung sich der Übergang der Gefahr schon deshalb nur auf einen Teil des Gefahrenbereiches, nämlich die typischen Transportgefahren, beschränke, weil die Nutzungen und Lasten der Sache nach einhelliger Meinung [208] erst mit der Übergabe der Ware an den Käufer übergehen (§ 446 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Vorschrift des § 446 Abs. 1 S. 2 BGB wie auch den Vorschriften der §§ 446 Abs. 2, 2380 S. 2 BGB, 56 ZVG liegt zwar der römische Rechtssatz " cuius est periculum, eius est commodum" zugrunde [209], daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers beim Versendungskauf der eigentliche Gefahrübergang erst mit dem Übergang der Nutzungen und Lasten erfolge. In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist ausdrücklich darauf hingewiesen [210], daß mit der Vorschrift des § 463 (nunmehr § 446 BGB) keineswegs das Prinzip, wer

---

208) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 39; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 31; Palandt-Putzo § 446 BGB Anm. 5; Fikentscher § 67 V 2; Esser § 103, 5.

209) vgl. dazu Anm. 179 d. A.

210) Motive zum BGB, Bd. II, S. 325.

die Gefahr trage, habe stets auch Anspruch auf die Nutzungen, als ein allgemeines anerkannt werde. Durch Parteivereinbarung könne das commodum im Rahmen des § 463 a. F. jederzeit von dem periculum getrennt werden. Auch für die Vorschrift des § 465 (nunmehr § 447 BGB) gelte der römische Rechtssatz nicht [211].

Man mag darüber streiten, ob es sinnvoll und sachlich gerechtfertigt war, beim Versendungskauf die Nutzungen und Lasten der Sache trotz deren Übergabe an die Transportperson weiterhin bei dem Verkäufer zu belassen; immerhin wird diese Regelung von einem Teil der herrschenden Meinung als unglücklich empfunden [212]. Aus dem Umstand des Auseinanderfallens von Gefahrübergang und Übergang der Nutzungen und Lasten kann jedenfalls bei dem klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers der von Ballerstedt gezogene Schluß nicht hergeleitet werden.

Gegen die Meinung Ballerstedts spricht auch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch beim Versendungskauf der bis dahin geltenden Vorschrift des Art. 345 ADHGB gefolgt ist [213] und nach den eigenen Angaben Ballerstedts [214] bei dieser Vorschrift sämtliche Gefahren übergingen. Die Vorschrift des Art. 345

---

211) Motive zum BGB a. a. O.

212) vgl. Fikentscher § 67 V 2; Enneccerus-Lehmann § 104 II.

213) vgl. Protokolle zum BGB, Bd. II, S. 68; Motive zum BGB, Bd. II, S. 326.

214) Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 1 und 19; vgl. auch Makover Komm. zum ADHGB 1893, Art. 345 ADHGB Fn. 16; ROHG 5, 404; 6, 102;

ADHGB hatte wiederum die Vorschrift des Pr. ALR, I. Teil, 11. Ti., § 128 zum Vorbild [215], wonach bei einem Kauf unter Abwesenden die Übergabe beweglicher Sachen und der Gefahrübergang dann als vollzogen galt, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden war. Da nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht mit der Übergabe der Ware an die Transportperson nicht nur die Gefahr, sondern auch das Eigentum überging [216], mußte mit der dadurch bewirkten vollständigen Erfüllung des Kaufvertrages logischerweise die Preisgefahr hinsichtlich sämtlicher Gefahren, die den Kaufpreisanspruch noch in irgendeiner Weise berühren könnten, übergehen. Die Vorschriften des Art. 345 ADHGB und des § 447 BGB sind, wie sich aus den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt [217], von der Regelung des Preußischen Allgemeinen Landrechts nur insofern abgewichen, als sie mit der Übergabe der Ware an die Transportperson die Gefahr unabhängig davon auf den Käufer übergehen lassen, ob er zu diesem Zeitpunkt bereits den Besitz und das Eigentum an der Ware erhält. Für den Übergang der Gefahr sollte sowohl nach dem Art. 345 ADHGB als auch für § 447 BGB allein maßgebend sein, daß die verkaufte Ware auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort

---

7, 231; 13, 368; 21, 355; 22, 285; Beitzke MDR 1947, 282.

215) vgl. Motive zum BGB, Bd. II, S. 326, ROHG 6, 103; 7, 234.

216) vgl. Pr. ALR Teil I, 11. Ti., § 130.

217) Motive zum BGB, Bd. II, S. 326.

versendet wird [218]. Da der Gesetzgeber mit keinem Wort zum Ausdruck gebracht hat, daß der Gefahrenbereich hinsichtlich der Preisgefahr beim Versendungskauf (§ 447 BGB) gegenüber den Vorbildern des Art. 345 ADHGB und Pr. ALR I. Teil, 11. Ti., § 128 in irgendeiner Weise eingeengt werden sollte, muß eine Beschrünkung des Begriffs der Gefahr nur auf die sog. Transportgefahren abgelehnt werden.

Gegen die herrschende Meinung läßt sich auch anführen - obgleich dies kein Auslegungskriterium sein kann [219] - daß die Beantwortung der Frage, ob es sich im konkreten Einzelfall um eine typische Transportgefahr handelt oder nicht, sehr schwierig sein kann. So ist beispielsweise schon recht zweifelhaft, ob der Blitz, der die Ware unterwegs zerstört und der in gleicher Weise in das Lager des Verkäufers hätte einschlagen können, als typische Transportgefahr anzusehen ist. In gleicher Weise kann fraglich sein, ob die Diebstahlsgefahr, die die Ware nicht nur unterwegs, sondern auch beim Verkäufer bedroht, eine typische Transportgefahr darstellt.

Folgt man der hier vertretenen Meinung, nach der die Preisgefahr in § 447 BGB nicht nur hinsichtlich der typischen Transportgefahren, sondern hinsichtlich jeglicher durch zufällige Ereignisse drohenden Gefahren auf den Käufer übergeht, so lassen sich insbesondere die Fälle einer Beschlagnahme der

---

218) Motive zum BGB a.a.O.

219) vgl. dazu aber Enneccerus-Nipperdey § 57 III.

Ware während des Transports, die im Rahmen dieses Problemkreises immer wieder Anlaß zu heftigen Diskussionen und Streitigkeiten gegeben haben [220], nach dem Gesetzeswortlaut klar und eindeutig lösen. Für die Beantwortung der Frage, ob der Käufer den Kaufpreis zu zahlen hat, obgleich die Ware während des Transportes beschlagnahmt worden ist, kommt es dann allein auf den Umstand an, ob der Verkäufer die Beschlagnahme der verkauften Sache zu vertreten hat oder nicht.

a. Hat der Verkäufer die Beschlagnahme der versandten Ware zu vertreten, ist die Ware also beispielsweise von einem Gläubiger des Verkäufers gepfändet worden [221] oder ist sie, weil der Verkäufer sie zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht hat, unterwegs eingezogen worden (§ 40 STGB), so ist die Beeinträchtigung der Sache nicht zufällig im Sinne der §§ 446, 447 BGB eingetreten und der Käufer braucht insoweit die Preisgefahr nicht zu tragen.

b. Hat der Verkäufer die Beschlagnahme oder die Einziehung der Ware dagegen nicht zu vertreten, ist die Sache also beispielsweise nach der ordnungsge-

---

220) vgl. RGZ 92, 34; RG JW 1918, 218; RG SeuffA. 79, 105; RG WarnRspr. 1920, 95; 1921, 117 = JW 1921, 641 (mit weiteren unveröffentlichten Entscheidungen des Reichsgerichts); OLGZ 36, 27; 39, 141; 43, 44; LZ 1917, 1010; 1919, 497; OGHZ 1, 110 = MDR 1948, 394 = NJW 1948, 748; OLG Hamburg MDR 1948, 15; OLG Kiel MDR 1947, 240; LG Köln DRZ 1948, 241; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 19; Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 6; Schubert S. 47; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 29; Enneccerus-Lehmann § 103 II 3 d; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II c;

mäßen Übergabe der Ware an die Transportperson auf Grund eines allgemeinen Verbotes, auf Grund kriegswirtschaftlicher Notmaßnahmen oder von feindlichen Truppen beschlagnahmt worden, so hat der Käufer diese Beeinträchtigung der Ware als Preisgefahr gemäß § 447 BGB allein zu tragen [222]. Der Verkäufer kann - wenn auch gegen Abtretung der ihm evtl. gegenüber Dritten zustehenden Ersatzansprüche (§ 281 BGB) - den vollen Kaufpreis verlangen.

XI Gefahrtragung in außergewöhnlichen Zeiten

Kriegszeiten mit ihren mannigfachen Folgen rufen zumeist auch außergewöhnliche Verhältnisse hervor, die es mit sich bringen, daß viele Waren unterwegs auf dem Transport verloren gehen, sei es, daß sie durch Bomben oder Beschuß vernichtet werden oder infolge Unterbrechung des Transportes verderben, sei es, daß sie während des Transportes beschlagnahmt oder geplündert werden oder sonstwie abhanden kommen.

Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. III 1 c; Beitzke MDR 1947, 183; Bettermann ZHR 111, 103 f; Nolte ZHR 89, 58; Ulmer SJZ 1946, 225; Casper JW 1925, 590 f; Härle SJZ 1948, 205; v. Oppen S. 19; Fischer-Henle § 446 BGB Bem. 3 und § 447 BGB Bem. 4; Leonhard, Teil B, S. 27.

221) vgl. RGZ 93, 330.

222) vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 38 II a; Bettermann ZHR 111, 106 f; Beitzke MDR 1947, 282; Boehmer DRZ 1949, Beih. 8, S. 12; Adler ZHR 86, 290.

Selbstverständlich beschränkt sich der Begriff der außergewöhnlichen Zeiten nicht allein auf Kriegszeiten, wenngleich sie den wichtigsten Fall darstellen. Auch in Friedenszeiten kann es zu einer außerordentlichen Steigerung der Gefahren kommen. Man denke nur an große Überschwemmungen, Erdbeben oder sonstige Naturkatastrophen, an langandauernde Streiks usw.

2. In außergewöhnlichen Zeiten, in denen große Teile des wirtschaftlichen und sozialen Lebens erschüttert werden, erhalten die Probleme der Gefahrtragung eine besondere praktische Bedeutung. Es stellt sich dann die Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch auch auf derartig ungewöhnliche Zeiten anwendbar ist. Diese Frage, die bereits nach dem 1. Weltkrieg die Literatur und Rechtsprechung beschäftigte, wurde nach dem letzten Krieg erneut aufgegriffen und zum Gegenstand der Diskussion gemacht [223]. So war insbesondere streitig, ob derjenige, der an sich aufgrund des Gesetzes oder der getroffenen Vereinbarung die Gefahr für den Bestand des Gutes zu tragen hat, sich nach dem Untergang oder der Verschlechterung der Sache darauf berufen kann, daß eine Haftung für derartig

---

223) Besonders angeregt wurde die Behandlung dieses Problems durch das bekannte Bandeisenurteil des OLG Braunschweig v. 6. 8. 1946 (SJZ 1946, 224 = DRZ 1947, 62 = JBl. Braunschweig 1946, 140 = Wirtschaftszeitung Nr. 3/47 v. 7. 1. 1947). Ulmer hat es in DJZ 1946, 225 zustimmend, Mack in DRZ 1947, 63 ablehnend besprochen.

außergewöhnliche Ereignisse seine Pflichten übersteige [224]. Eine bedeutende Rolle in diesem Meinungsstreit spielte auch die Frage, ob der Richter mit Rücksicht auf die außergewöhnliche Steigerung der Gefahrenlage Gesetzesnormen, die die Preisgefahr ausschließlich einer der Parteien aufbürden, korrigierend auslegen und den eingetretenen Schaden auf beide Vertragsparteien gleichmäßig verteilen darf [225].

Die Gefahrtragungsprobleme in außergewöhnlichen Zeiten treten natürlich nicht nur beim Versendungskauf, sondern praktisch überall dort auf, wo von Gefahrtragung und Gefahrübergang die Rede ist. Gleichwohl sollen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur die Gefahrtragungsprobleme beim Versendungskauf behandelt werden, und zwar unter folgenden in der Literatur und Rechtsprechung diskutierten vier Fragenkomplexen:

A. Geht die Preisgefahr in außergewöhnlichen Zeiten auch dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Ware "zur Unzeit" versendet?

B. Ändert sich in außergewöhnlichen Zeiten die Normsituation des § 447 BGB in einer solchen

---

224) vgl. Weber S. 57.

225) vgl. Boehmer DRZ 1949, Beih. 8, S. 11; Benck BB 1947, 111; Galperin DRZ 1947, 143. Näheres zur richterlichen Vertragshilfe siehe Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. G 402 ff und die dort zitierte, umfangreiche Literatur und Rechtsprechung.

Weise, daß eine weitere Anwendung des § 447 BGB zu völlig sinn- und zweckwidrigen Ergebnissen führen würde?

C. Ist in außergewöhnlichen Zeiten eine Abänderung der Gefahrtragungsverteilung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt?

D. Kann der Käufer bei einem Untergang der Ware in außergewöhnlichen Zeiten sich gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen oder über § 242 BGB eine andere Gefahrtragungsverteilung verlangen?

1. A. Unter dem Begriff der Versendung zur Unzeit versteht man eine Versendung, die unter solch ungünstigen und für die Ware gefahrvollen Umständen erfolgt, daß der Verkäufer nicht mehr davon ausgehen kann, der Käufer sei mit einem derartigen Wagnis, wie es die Versendung gerade zu dieser Zeit darstellt, einverstanden [226]

2. Das Problem der Versendung zur Unzeit, das nach dem letzten Krieg besonders stark diskutiert

---

226) vgl. OLG Braunschweig DRZ 1947, 62; Mack DRZ 1947, 63; Benck BB 1947, 109; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 84; Palandt-Putzo § 447 BGB Anm. 8; LG Darmstadt JR 1948, 288; Krekels NJW 1947/48, 95; Ulmer SJZ 1946, 225; RGZ 48, 249; NJW 1947/48, 103.

wurde [227], läßt sich nicht, wie dies allgemein geschehen ist, isoliert betrachten; es muß vielmehr in das umfassendere Problem der Gefahrtragung bei ordnungswidriger Versendung eingeordnet werden. Durch die vom Verkäufer als Nebenverpflichtung übernommene Versendung der Ware ergeben sich, wie allgemein unbestritten sein dürfte, gewisse Sorgfaltspflichten [228], die sich auf die Art der Verpackung, die Auswahl des Spediteurs, die dem Spediteur zu erteilenden Anweisungen, die rechte Zeit des Versendens usw. beziehen. Bei einem Seetransport muß die Ware beispielsweise vom Verkäufer seegemäß verpackt werden,und eine frostempfindliche Ware darf der Verkäufer bei plötzlich einsetzendem Frost nicht oder nur nach entsprechenden Vorkehrungsmaßnahmen absenden [229].

Über die Frage, welche Rechtsfolgen eine Verletzung dieser Sorgfaltspflichten hat, gehen die Meinungen stark auseinander. Streitig ist insbesondere, ob eine ordnungsgemäße Versendung, also eine Versendung zur rechten Zeit und zu den vereinbarten Bedingungen ein Erfordernis des Gefahrüberganges nach § 447 BGB ist oder nicht.

a. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur [230] ist der Ansicht, eine ordnungsgemäße Versendung

---

227) vgl. dazu OLG Braunschweig SJZ 1946, 224; Mack DRZ 1947, 63; Ulmer SJZ 1946, 225; LG Darmstadt JR 1948, 288.

228) vgl. Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. V 2; Helms NJW 1949, 46; Soergel-Ballerstedt § 447 BGB Bem. 23.

229) weitere Beispiele bei Krekels NJW 1947/48, 94.

sei nicht Voraussetzung für den Gefahrübergang. Eine Verletzung der Sorgfaltspflichten löse lediglich Schadensersatzansprüche aus, die gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers zur Aufrechnung gestellt werden könnten.

b. Die Gegenmeinung [231] und so insbesondere die Rechtsprechung [232] vertreten demgegenüber die Auffassung, die Preisgefahr gehe gemäß § 447 BGB nur bei ordnungsgemäßer Versendung auf den Käufer über. Komme der Verkäufer seinen Sorgfaltspflichten nicht nach, erfolge die Versendung der Ware also ordnungswidrig, so verbleibe die Preisgefahr weiterhin beim Verkäufer und der Käufer werde im Falle des Untergangs der Ware von seiner Kaufpreisverpflichtung frei [233].

4. Der Meinungsstreit über die Frage, ob der Gefahrübergang nach § 447 BGB eine ordnungsgemäße Versendung voraussetzt oder nicht, ist nicht nur von rein rechtstheoretischer Bedeutung. Die beiden Meinungen können zu völlig verschiedenen Ergebnissen führen. Der Schadensersatzanspruch kann einerseits, da er

---

230) RGZ 115, 162; OLG Darmstadt JR 1948, 288; vgl. Sieveking MDR 1949, 332; Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. V 2; Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 15 a; Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. C 37; Planck § 447 BGB Erl. 2 c; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 30; Helms NJW 1949

231) vgl. Esser § 103, 7 g; Benck BB 1947, 109; Jagusch SJZ 1947, 299; Ulmer SJZ 1946, 225; Mack DRZ 1947, 63; Krekels in NJW 1947/48, 92 und 103; BB 1947, 178; 1949, 723 und DRZ 1948, 2

232) vgl. OLG Stuttgart Recht 1911, 1108 = DJZ 11, 65 OLG Breslau Recht 1906, 3003; OLG Braunschwei SJZ 1946, 224 = DRZ 1947, 62; LG Darmstadt JR 1948, 288 f; LG Nürnberg LZ 1919, 1147; AG Frankfurt NJW 1947/48, 103.

auch den entgangenen Gewinn mitumfaßt, wertmässig höher sein als der Kaufpreisanspruch, andererseits kann er bei fehlender Kausalität zwischen dem eingetretenen Schaden und der pflichtwidrigen Handlung des Verkäufers ganz entfallen.

Die sowohl von der herrschenden Meinung als auch von der Gegenmeinung gestellte Frage, ob die Preisgefahr auch bei ordnungswidriger Versendung auf den Käufer übergehe, ist als Ausgangsfrage falsch gestellt und muß wegen Verkennung des Gefahrtragungsproblems in § 447 BGB zwangsläufig zu unrichtigen Ergebnissen führen [234]. Wie bereits ausgeführt [235], bezieht sich die Preisgefahr im Rahmen der §§ 446, 447 BGB nur auf zufällige, d.h. solche Gefahren, die weder der eine noch der andere Vertragspartner zu vertreten hat. Die oben aufgeworfene Frage muß daher richtig gefaßt dahin lauten, ob die nach Übergabe der Sache an die Transportperson, also nach Übergang der Preisgefahr eingetretene Beeinträchtigung der Ware, vom Verkäufer zu vertreten ist oder nicht [236]. Nur dieser klare Ausgangspunkt vom Begriff der Gefahr in §§ 446, 447 BGB führt zu dogmatisch einwandfreien Ergebnissen und zu einer Auflösung des oben aufgezeigten Meinungsstreites. Versendet der Verkäufer die verkaufte

---

233) vgl. OLG Stuttgart Recht 1911, 1108.

234) Bettermann ZHR 111, 102 ff; vgl. auch Sieveking MDR 1947, 142; Helms NJW 1949, 46; Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 84; Heinichen in HGB-RGRK, 1. Aufl., Anh. zu § 382 HGB Anm. 43.

235) vgl. S. 3 d. A.

236) vgl. Bettermann ZHR 111, 109.

Sache nicht ordnungsgemäß, verletzt er also die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten, so ist danach allein zu prüfen, ob durch dieses schuldhafte Verhalten der Untergang bzw. die Verschlechterung der Ware verursacht worden ist oder nicht [237].

a. Ist der Untergang bzw. die Verschlechterung der Sache durch den Verkäufer adäquat kausal und zumindest leicht fahrlässig herbeigeführt worden, so braucht der Käufer, da der Schaden nicht zufällig im Sinne der §§ 446, 447 BGB eingetreten ist, trotz des Übergangs der Preisgefahr den Nachteil insoweit nicht zu tragen; ihm stehen vielmehr folgende Rechte zu:

1. Im Falle des Untergangs der Sache kann der Käufer, da der Verkäufer die nachträgliche Unmöglichkeit zu vertreten hat, gemäß § 325 BGB entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Kaufvertrag zurücktreten oder die für den Fall des § 323 BGB bestimmten Rechte geltend machen [238].

2. Für den Fall, daß sich die Ware auf Grund der unsachgemäßen Versendung unterwegs verschlechtert, finden die §§ 459 ff BGB Anwendung, d. h., der Käufer hat das Recht, entweder zu wandeln oder zu mindern [239]. Nach dem Wortlaut des § 459 BGB haftet der Verkäufer zwar nur dafür, daß die Sache im Zeitpunkt des

---

237) So auch Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 84.

238) vgl. auch Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 15 a Heinichen in HGB-RGRK, 1. Aufl., Anh. zu § 382 HGB Anm. 43; Bettermann ZHR 111, 109.

239) vgl. Bettermann ZHR 111, 111.

Übergangs der Preisgefahr nicht mit Mängeln behaftet ist. Da die Preisgefahr sich aber nur auf zufällig eintretende Verschlechterungen bezieht, hat der Verkäufer für von ihm zu vertretende Verschlechterungen selbstverständlich auch nach diesem Zeitpunkt einzustehen.

b. Versendet der Verkäufer die verkaufte Sache nicht ordnungsgemäß, ist der Untergang oder die Verschlechterung der Ware aber nicht durch die ordnungswidrige Versendung adäquat kausal verursacht worden, so hat, da der Schaden dann zufällig i. S. der §§ 446, 447 BGB eingetreten ist, der Käufer insoweit die Preisgefahr und den Verlust zu tragen. Wegen eines durch die ordnungswidrige Versendung entstandenen sonstigen Schaden kann der Käufer allerdings unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung vom Verkäufer Schadensersatz verlangen [240].

Eine ähnliche Regelung findet sich übrigens beim Schuldnerverzug: War der Verkäufer beispielsweise mit der Versendung der Ware in Verzug, so hat er gemäß § 287 BGB mit Eintritt des Verzuges auch für den zufälligen Untergang der Sache zu haften. Sein Vertretenmüssen und seine Ersatzpflicht beschränken sich jedoch nur auf jenen Untergang der Sache, der durch den Verzug bedingt ist (§ 287 S. 2 BGB). War nicht der Verzug, sondern ein anderer Umstand

---

240) vgl. Würdinger in HGB-RGRK Vorb. zu § 373 HGB Anm. 84.

für den Untergang der Ware ursächlich, wäre der Schaden also auch bei rechtzeitiger Lieferung der Sache eingetreten, so stehen dem Käufer die Rechte aus § 325 BGB nicht zu [241]. Der Käufer kann nur den durch den Verzug eventuell entstandenen sonstigen Schaden gemäß den §§ 284, 286 ff BGB gegenüber dem Verkäufer geltend machen.

7. Für die Beantwortung der ausgangs gestellten Frage, ob auch bei einer Versendung zur Unzeit, die sich als Unterfall der ordnungswidrigen Versendung darstellt, die Preisgefahr auf den Käufer übergeht, sind nach der hier vertretenen Ansicht demnach folgende zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Hat der Verkäufer die verkaufte Sache schuldhaft zur Unzeit versendet [242] und ist dadurch adäquat kausal der Verlust oder die Beeinträchtigung der Ware herbeigeführt worden, so ist der Untergang bzw. die Verschlechterung nicht zufällig i. S. der §§ 446, 447 BGB eingetreten,und der Verkäufer hat trotz des Gefahrübergangs für den von ihm zu vertretenden Schaden allein aufzukommen. Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen: Versendet der Verkäufer trotz des plötzlich einsetzenden Frostes und ohne besondere Vorkehrungsmaßnahmen die vom Käufer bestellten Kartoffeln und verderben diese unterwegs infolge des Frostes, so hat der Käufer, da der Verkäufer den Untergang zu vertreten hat, den eingetretenen Schaden trotz des

---

241) vgl. Palandt-Danckelmann § 287 BGB Anm. 2; Soergel-Reimer Schmidt § 287 BGB Bem. 2.

242) oder hat er - was dem gleichzustellen ist - die verkaufte Sache dem Spediteur übergeben, ohne daß eine Aussicht auf baldige Versendung bestand

Gefahrübergangs nicht zu tragen, sondern kann die Rechte aus § 325 BGB bzw. §§ 459 ff BGB geltend machen.

b. Hat die Versendung zur Unzeit nicht zu einem adäquat kausalen Untergang oder Verschlechterung der Ware geführt, sondern ist die Beeinträchtigung der Ware auf andere, vom Verkäufer nicht zu vertretende Ereignisse zurückzuführen, so hat der Käufer, da er gemäß § 447 BGB insoweit die Preisgefahr trägt, trotz der Versendung zur Unzeit den vollen Kaufpreis zu zahlen. Folgendes Beispiel mag dies wiederum verdeutlichen: Gehen die von dem Verkäufer trotz des plötzlich eintretenden Frostes und ohne besondere Vorkehrungsmaßnahmen versandten Kartoffeln nicht infolge des Frostes, sondern infolge eines Verkehrsunfalls, Blitzschlags oder dgl. unter, so hat allein der Käufer den Schaden zu tragen, da die Verschlechterung der Kartoffeln nicht auf der ordnungswidrigen Versendung, sondern allein auf dem zufällig eingetretenen Schadensereignis beruht.

Bei der Beantwortung der Frage, wann eine Versendung zur Unzeit im konkreten Einzelfall vorliegt, ist zu untersuchen, ob der Verkäufer wußte bzw. hätte wissen können und müssen, daß die Ware bei einer Versendung zu dieser Zeit mit großer Wahrscheinlichkeit untergehen werde und der Käufer unter diesen Umständen mit einer Versendung der Ware nicht mehr einverstanden war.

---

vgl. dazu OLG Düsseldorf SJZ 1947, 267 mit einer Anmerkung von Delbrück, der über § 242 BGB zum gleichen Ergebnis kommt.

a. Die Schwierigkeit der Feststellung, ob eine Versendung so stark gefährdet ist, daß mit einem Untergang bzw. einer Verschlechterung der Ware zu rechnen ist, ergibt sich aus der Natur der Sache. So war es beispielsweise während des letzten Krieges einerseits bekannt, daß viele Waren unterwegs in Verlust gerieten, andererseits haben aber noch zahlreiche Transporte selbst unter ungünstigsten Verhältnissen ihr Ziel erreicht [243]. Eine sichere Voraussicht des Verkäufers, die Ware werde während des Transportes untergehen, war unter diesen Umständen daher nur in ganz seltenen Fällen möglich [244].

b. Schwierigkeiten bereitet auch die Feststellung, ob der Verkäufer wußte oder hätte wissen können und müssen, daß der Käufer bei der erhöhten Transportgefahr mit der Versendung der Ware nicht mehr einverstanden war. Der Verkäufer weiß nur selten, wie groß das Interesse des Käufers an der bestellten Ware ist. Er kann daher schwerlich beurteilen, ob der Käufer nach dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten die Versendung der Ware noch wünscht und lieber die erhöhte Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Sache auf sich nehmen will, als auf die Ware vorläufig zu verzichten.

aa. Zu prüfen bleibt in diesem Zusammenhang, ob der Käufer die Versendung der Ware zur Unzeit nicht

---

243) vgl. Helms NJW 1949, 47.

244) vgl. OLG Koblenz NJW 1947/48, 477; Helms NJW 1949, 47 f.; Wirtschaftszeitung Nr. 10 v. 7. 3. 1946; Benck BB 1947, 111.

dadurch bewußt in Kauf genommen hat, daß er nach Eintritt der außergewöhnlichen Zeiten die Ware nochmals anmahnt bzw. deren dringende Versendung gewünscht hat [245]. In einem solchen Fall trifft den Verkäufer in der Regel kein Verschulden an dem Untergang der Sache und der Käufer muß, da er insoweit das erhöhte Risiko der Versendung in Kauf genommen hat, den vollen Kaufpreis zahlen. [246].

bb. Die schwierige Feststellung des Käuferinteresses bedeutet für den Verkäufer ein erhebliches Risiko. An die Sorgfaltspflichten des Verkäufers dürfen allerdings keine allzu strengen Maßstäbe angelegt werden [247]. Schließlich besorgt der Verkäufer durch die aus Gefälligkeit übernommene Versendung der Ware ein an sich dem Käufer obliegendes Geschäft [248]. Zu weitgehend ist daher die Meinung des Oberlandesgerichts Braunschweig [249], wonach der Verkäufer aus der Möglichkeit, einen Eisenbahnwaggon noch kurz vor dem Zusammenbruch im Jahre 1945 zu erhalten, hätte ersehen müssen, daß

---

245) vgl. dazu OLG Braunschweig BB 1947, 177 f ; Krekels NJW 1947/48, 477 ff ; Molitor DRZ 1947, 411.

246) vgl. dazu OLG Koblenz NJW 1947/48, 477 mit Anmerkung von Krekels, der der Entscheidung grundsätzlich zustimmt; Molitor DRZ 1947, 411.

247) vgl. Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. V 1; RGZ 115, 164; OLG Neustadt NJW 1949, 46.

248) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 4; Erman-Weitnauer § 447 BGB Bem. II 2; Kuhn in BGB-RGRK § 447 BGB Anm. 8.

249) OLG Braunschweig in SJZ 1946, 225; vgl. auch Ulmer SJZ 1946, 225, der dem Urteil des OLG Braunschweig grundsätzlich zustimmt, und LG Darmstadt JR 1948, 288.

vorsichtige Geschäftsleute jetzt nicht mehr versenden. Die Tendenz der Literatur und Rechtsprechung ging nach dem letzten Krieg auch mehr und mehr dahin, eine Versendung zur Unzeit nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen zu bejahen [250].

cc. Die Beurteilung der Sorgfaltspflichten muß stets aus der Sicht des Verkäufers zum Zeitpunkt der Absendung der Ware erfolgen. Nachträgliche Entwicklungen und Überlegungen dürfen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden [251]. Den Verkäufer wird man auch nur in Ausnahmefällen für verpflichtet ansehen, sich nach besonderen Transportgefahren zu erkundigen [252]. Haben sich die Verhältnisse seit Vertragsschluß durch den Eintritt außergewöhnlicher Zeiten erheblich geändert, und wünscht der Käufer infolgedessen keine Versendung der gekauften Sache, so ist ihm zuzumuten, daß er dem Verkäufer davon Mitteilung macht [253]. Schließlich ist es in erster Linie Aufgabe des Käufers, seine Interessen zu wahren.

---

250) vgl. die späteren Entscheidungen des OLG Braunschweig v. 15.4.1947 (mitgeteilt in Wirtschaftszeitung Nr. 20 v. 17.5.1947 und in BB 1947, 440) vgl. auch Mack DRZ 1947, 63; Weber S. 62; Helms NJW 1949, 47; Sieveking MDR 1947, 143.

251) vgl. Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 15 a; Mack DRZ 1947, 63; Sieveking MDR 1947, 143; Höhner Wirtschaftszeitung 1946, Nr. 4; Helms NJW 1947/48, 47.

252) vgl. Helms NJW 1949, 47; Mack DRZ 1947, 63.

253) So OLG Braunschweig BB 1947, 440 und Wirtschaftszeitung Nr. 20 v. 17.5.1947; OLG Koblenz NJW 1947/48, 477 f; LG Lüneburg BB 1947, 440; AG Marburg U.v. 11.2.1947, - 2 C 2/47 - ;

dd. Ulmer [254] sieht den Verkäufer grundsätzlich für verpflichtet an, durch Rückfragen festzustellen, ob der Käufer die Versendung der Ware noch wünscht. Diese Ansicht geht jedoch zu weit [255]. Dem Verkäufer kann, insbesondere wenn er ein umfangreiches Versandgeschäft betreibt, schon aus praktischen Gründen nicht zugemutet werden, in jedem Einzelfall vor dem Versand beim Käufer anzufragen, ob die vorliegende Versanddisposition noch aufrecht erhalten werde. In außergewöhnlichen Zeiten wäre dies schon wegen der zumeist nur kurzfristig sich bietenden Transportgelegenheiten nicht durchführbar. Die von Ulmer geäußerte Ansicht läßt sich allenfalls in dem Fall vertreten, in dem dem Käufer im Gegensatz zum Verkäufer die erhebliche Gefahrensteigerung und das damit erhöhte Risiko der Versendung unbekannt geblieben sind [256]. Ein solcher Fall dürfte aber selten sein. Unterläßt der Käufer die Mitteilung, obwohl er dazu in der Lage ist, überläßt er also dem Verkäufer die schwierige Beurteilung der Verhältnisse, so ist eine Schuld des Verkäufers an dem Untergang oder der Verschlechterung der Sache in der Regel zu verneinen [257].

AG Speyer BB 1947, 440; Bettermann ZHR 111, 112; Mack DRZ 1947, 63; Krekels NJW 1947/48, 477 f; Helms NJW 1949, 47; Weber S. 64.

254) Ulmer SJZ 1946, 225.

255) vgl. auch Weber S. 64; Krekels NJW 1947/48, S. 93.

256) vgl. Mack DRZ 1947, 63.

257) vgl. dazu OLG Hamburg MDR 1948, 15; Mack DRZ 1947, 63; Helms NJW 1949, 48; Krekels NJW 1947/48, 477 f.

ee. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, wer die Preisgefahr zu tragen hat, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache infolge der Unzeit nicht versendet. Nach dem Buchstaben des Gesetzes ist der Verkäufer hier in einer unglücklichen Lage. Er hat, da weder die Voraussetzungen des § 447 BGB noch die des § 446 BGB gegeben sind, grundsätzlich weiterhin die Preisgefahr zu tragen, obwohl die Versendung allein im Interesse des Käufers zurückgestellt wurde.

aaa. Eine rein formale Auslegung des Gesetzes wird der Interessenlage des Verkäufers jedoch nicht gerecht. Der Verkäufer befindet sich in außergewöhnlichen Zeiten in mehrfacher Hinsicht in einer schwierigen Konfliktsituation. Versendet er die Ware trotz der erhöhten Gefahrenlage, so muß er sich, wenn die Ware unterwegs untergeht, gegenüber seinem Kaufpreisanspruch unter Umständen den Einwand der Versendung zur Unzeit entgegenhalten lassen. Versendet er die Ware nicht, so setzt er sich möglicherweise einem Schadensersatzanspruch des Käufers wegen nicht rechtzeitiger Lieferung aus und riskiert zudem, daß die verkaufte Ware, die er im ausschließlichen Interesse des Käufers noch nicht abgesandt hat, infolge der erhöhten Gefahrenlage bei ihm selbst vernichtet oder beschädigt wird. In dieser Lage ist es dem Verkäufer auch nicht möglich, die bereits verkaufte Sache anderweitig zu veräußern, denn dadurch würde er sich gegenüber dem Käufer ebenfalls schadensersatzpflichtig machen. Bei streng formaler Aus-

legung des § 447 BGB würde dem Verkäufer in außergewöhnlichen Zeiten also der weit überwiegende Teil des stark erhöhten Risikos aufgebürdet werden. Dieses Ergebnis kann nicht befriedigen und ist nach der dem § 447 BGB zugrundeliegenden Interessenabwägung vom Gesetzgeber auch sicherlich nicht gewollt.

bbb. Die Lösung dieses Problems ist in einer analogen Anwendung der §§ 293, 295, 300 und 447 BGB [258] zu suchen. Der dem Annahmeverzug zugrundeliegende Normzweck umfaßt auch einen solchen Fall. Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen: Haben die Kaufparteien einen Versendungskauf gemäß § 447 BGB vereinbart und hat der Käufer gegenüber dem Verkäufer ausdrücklich erklärt, er wünsche vorerst keine Versendung der gekauften Ware, so kommt er dadurch entsprechend den §§ 293, 295 BGB in Gläubigerverzug. Während des Verzugs hat der Verkäufer gemäß § 300 BGB für einen zufällig eintretenden oder leicht fahrlässig herbeigeführten Schaden nicht einzustehen. Da der Gläubigerverzug ein Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt [259], könnte der Käufer sich in einem solchen Fall grundsätzlich nicht darauf berufen, daß ihm die Zusendung der Ware wegen der erhöhten Gefahr unzumutbar war.

In gleicher Weise wird man nun den Fall behandeln müssen, in dem der Verkäufer sich aufgrund der

---

258) vgl. OLG Hamburg MDR 1948, 15 mit Anmerkung von Delbrück; Helms NJW 1949, 48.

259) vgl. Palandt-Danckelmann § 293 BGB Anm. 2 e.

stark erhöhten Gefahrenlage sagen muß, daß der Käufer mit einer Versendung der von ihm bestellten Sache nicht mehr einverstanden ist. Stellt er daraufhin im Interesse des Käufers die Versendung der verkauften Sache zurück, läßt er also zur Verminderung des Gefahrenrisikos die Ware im mutmaßlichen Willen des Käufers weiterhin bei sich lagern, so ist es so anzusehen, als sei Annahmeverzug eingetreten bzw. die Übergabe der Ware an die Transportperson erfolgt. Der Käufer hat die Preisgefahr dann von dem Zeitpunkt an zu tragen, in dem die Versendung der Ware in seinem Interesse zurückgestellt wird und der Verkäufer ihm dies mitteilt.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 295 ff BGB bzw. eine entsprechende Anwendung des § 447 BGB dergestalt, daß die Zurückstellung der Versendung im Interesse des Käufers der Übergabe der Ware an die Transportperson gleichzustellen ist, kann allerdings nur in den Fällen angenommen werden, in denen die gesteigerte Gefahrenlage sich über eine längere Zeit erstreckt. Ebenso wie der Käufer gemäß § 299 BGB durch eine nur vorübergehende Verhinderung der Annahme nicht in Gläubigerverzug gerät, so geht auch die Preisgefahr bei nur vorübergehender Verhinderung der Versendung noch nicht auf den Käufer über.

B. Beruft sich der Käufer in außergewöhnlichen Zeiten beim Verlust der Ware gegenüber der Kaufpreis-

forderung des Verkäufers auf eine völlige Veränderung der Normsituation [260] des § 447 BGB, so ist zunächst zu klären, was unter dem Begriff der Normsituation inhaltlich zu verstehen ist, worin die Normsituation des § 447 BGB besteht und ob, gegebenenfalls wie sie sich beim Eintritt außergewöhnlicher Zeiten ändert.

Unter dem Begriff der Normsituation versteht man, wie bereits der Wortlaut erkennen läßt, alle diejenigen tatsächlichen Verhältnisse, auf die hin die Gesetzesnorm geschaffen worden ist und die ihr insofern ausdrücklich oder stillschweigend zugrundegelegt worden sind [261].

a. Die Normsituation des § 447 BGB besteht zunächst darin, daß der Verkäufer es auf Verlangen des Käufers übernimmt, die verkaufte Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu versenden [262]. Durch den Eintritt außergewöhnlicher Zeiten ändert sich diese Situation nicht, denn auch dann erfolgt die Versendung der Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort und auch dann wird der Verkäufer auf Verlangen und im Interesse des Käufers tätig.

b. Zu der Normsituation des § 447 BGB gehört ferner ein gewisses Gefahrenrisiko, da gerade dieses dem Gesetzgeber Anlaß zu der Gefahrtragungsregelung

---

260) vgl. Boehmer DRZ 1949, Beih. 8, S. 11.

261) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 320.

262) vgl. Motive zum BGB, Bd. II, S. 326.

gegeben hat. Fraglich ist dabei, ob die Normsituation des § 447 BGB nur ein auf Normalzeiten abgestelltes oder auch ein solches Gefahrenrisiko beinhaltet, das infolge des Eintritts außergewöhnlicher Verhältnisse weit über dem üblichen Gefahrendurchschnitt liegt [263]

aa. Der Gesetzgeber hat weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch in den Materialien zu diesem Gesetz [264] ausdrücklich erklärt, daß die Vorschrift des § 447 BGB auch in sog. außergewöhnlichen Zeiten anwendbar ist. Aus der allgemeinen Fassung des § 447 BGB, der übrigens auch den gefährlichen Seetransport einschließt, und aus dem der Vorschrift zugrundeliegenden Abwägungsprinzip muß allerdings geschlossen werden, daß jegliche Gefahr zu dem für den Versendungskauf maßgeblichen Zeitpunkt auf den Käufer übergehen soll, und zwar unabhängig davon, wie groß das Gefahrenrisiko im Einzelfall ist. Das dem Versendungskauf zugrundeliegende Gefahrtragungsprinzip entspricht nicht nur in normalen, sondern auch in außergewöhnlichen Zeiten einer gerechten Risikoverteilung [265]. Ebenso wie der Verkäufer bis zur Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson das durch die außergewöhnlichen Zeiten erhöhte Gefahrenrisiko allein zu tragen hat, so muß nach diesem Zeitpunkt der Käufer das erhöhte Gefahrenrisiko allein tragen. Es ist kein Grund dafür zu erkennen, warum in außergewöhnlichen Zeiten der Verkäufer die Preisgefahr über den vom Gesetzgeber in

---

263) vgl. Jagusch SJZ 1947, 299.

264) vgl. Protokolle zum BGB, Bd. II, S. 68 f. Motive zum BGB, Bd. II, S. 326.

265) vgl. Molitor DRZ 1947, 411; LG Lüneburg BB 1947, 178.

§ 447 BGB bestimmten Zeitpunkt hinaus tragen soll. Will der Käufer die gekaufte Sache nicht selbst abholen, sondern verlangt er trotz der erhöhten Transportgefahr die Versendung der Ware, so hat er, das dürfte für ihn selbstverständlich sein, auch das erhöhte Risiko zu tragen. Der Verkäufer versendet schließlich auch in außergewöhnlichen Zeiten die Ware lediglich auf Wunsch und im Interesse des Käufers.

bb. Die von Galperin [266] vertretene Ansicht, wonach die gesetzliche Bestimmung des § 447 BGB nur auf gewöhnliche Gefahren abstelle und nur insoweit anwendbar sei, überzeugt demgegenüber nicht. Aus der von Galperin zur Begründung angeführten Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Gefahrtragung nur hinsichtlich normaler Gefahren, nicht aber auch hinsichtlich erhöhter Gefahrensituationen geregelt habe. Galperin verkennt insofern sowohl den Standort des § 254 Abs. 2 BGB im Rechtssystem als auch den eigentlichen Sinn und Zweck dieser Norm. Die Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB hat mit § 447 BGB keinerlei Berührungspunkte. Während § 254 Abs. 2 BGB davon ausgeht, daß sowohl den Schädiger als auch den Geschädigten ein Verschulden an der Entstehung des Schadens treffen, setzt § 447 BGB gerade voraus, daß weder der eine noch der andere Vertragspartner den Untergang oder die Verschlechterung der Sache zu vertreten haben. Die Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB unterscheidet sich von § 447 BGB ferner darin, daß nach § 254 Abs. 2 BGB nur der Geschädigte die erhöhte

---

266) Galperin DRZ 1947, 142.

Gefahrenlage kennt, während nach § 447 BGB in der Regel sowohl der Verkäufer als auch der Käufer die jeweiligen Gefahren der Versendung kennen und der Käufer diese bewußt als eigenes Risiko auf sich nimmt.

Selbst wenn man aber entsprechend der Meinung von Galperin davon ausgehen würde, daß die Normsituation des § 447 BGB nur das in Normalzeiten bestehende Gefahrenrisiko umfaßt, so würde daraus noch nicht folgen, daß die Vorschrift des § 447 BGB mit dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten nicht mehr anwendbar ist. Es ist zwar allgemein anerkannt, daß bei einer Änderung der von einer Norm erfaßten Situation die weitere Anwendung der Bestimmung unter Umständen dem Gerechtigkeitsgebot widersprechen kann [267]. Eine solche Änderung muß jedoch so erheblich sein, daß die weitere Anwendung der Gesetzesnorm zu Ergebnissen führen würde, die als völlig zweck- und sinnwidrig anzusehen wären [268].

Durch die bloße Steigerung des Gefahrenrisikos in außergewöhnlichen Zeiten würde sich die auf Normalzeiten beschränkte Normsituation des § 447 BGB aber nicht so wesentlich ändern, daß die weitere Anwendung dieser Vorschrift zu nicht mehr vertretbaren Ergebnissen führen würde. Wie bereits ausgeführt [269],

---

267) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 335.

268) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 333.

269) vgl. S. 106 f d. A.

entspricht die Gefahrtragungsregelung des § 447 BGB sowohl in normalen als auch in außergewöhnlichen Zeiten einer gerechten Risikoverteilung [270]. Der dem § 447 Abs. 1 BGB zugrundegelegte Normzweck fordert auch in Zeiten einer gesteigerten Gefahrenlage den Übergang der Preisgefahr im Zeitpunkt der Übergabe der verkauften Sache an die Transportperson, denn der Verkäufer darf durch die aus Gefälligkeit übernommene Versendung der Ware nicht schlechter gestellt werden, als wenn er die Sache dem Käufer unmittelbar mit der Rechtsfolge aus § 446 Abs. 1 BGB übergeben hätte.

c. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings eine Ausnahme: Zur Normsituation des § 447 BGB gehört nämlich zweifelsohne auch die Vorstellung einer gewissen geschäftlichen Dispositionsfreiheit der Parteien [271]. Die Parteien sollen über Bezugsquellen, Lieferzeiten, die Zurückhaltung von Bestellungen und Lieferungen bei gesteigerter Gefahr usw. frei verfügen können. Nur wenn der Käufer aus freiem Antrieb trotz erhöhter Transportgefahr die Versendung der Ware verlangt, ist es billig, ihn auch das erhöhte Risiko tragen zu lassen. Besteht daher in außergewöhnlichen Zeiten für gewisse Versorgungsbetriebe die öffentlich-rechtliche Pflicht, die Bevölkerung weiterhin unter allen Umständen, also auch bei weit überhöhter Transportgefahr, mit lebenswichtigen Mitteln zu versorgen,

---

270) So auch LG Köln DRZ 1948, 249 f ; Helms NJW 1949, 47 f ; Benck BB 1947, 111; Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. C 32.

271) vgl. Jagusch SJZ 1947, 299.

so läßt sich die Normsituation des § 447 BGB auf diesen Fall nicht ausdehnen. Dem Käufer fehlt in einem solchen Fall die in § 447 BGB stillschweigend vorausgesetzte Dispositionsfreiheit. Der Käufer hat keine andere Wahl, als die sofortige Versendung zu verlangen, selbst wenn er anders wollte.

Die andersartige Interessenlage beim Bestehen einer vom Staat auferlegten Versendungspflicht kann dazu führen, daß es wegen der veränderten Normsituation im Einzelfall dem Gerechtigkeitsgebot widerspricht, wenn der Verkäufer bei einem Verlust oder einer Verschlechterung der Ware entsprechend §§ 433 Abs. 2, 447 BGB den vollen Kaufpreis verlangt [272]. Ein solcher Ausnahmefall dürfte aber selten sein, da dem Käufer zumeist auf Grund des Gesetzes, das ihm die Heranschaffungspflicht auferlegt, ein unmittelbarer Ersatzanspruch gegenüber dem staatlichen Ausgleichsamt zustehen wird und die Notwendigkeit einer Schadensbeteiligung des Verkäufers dann nicht besteht.

C. Die Frage, ob der Käufer sich in außergewöhnlichen Zeiten bei einem Untergang oder einer Verschlechterung der versandten Ware gegenüber der Kaufpreisforderung des Verkäufers auf eine Veränderung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, ist in der Literatur und Rechtsprechung zwar verschiedentlich behandelt worden [273]; eine genauere

---

272) vgl. Jagusch SJZ 1947, 299; vgl. auch LG Darmstadt JR 1948, 289.

273) vgl. OLG Stuttgart NJW 1949, 68; OLG Karlsruhe NJW 1949, 68; LG Wiesbaden NJW 1947/48, 103; Helms NJW 1949, 47; Kegel DRZ 1948/49, Beih. 7, S. 19.

Untersuchung des durch diese Frage gestellten Problems ist jedoch - soweit ersichtlich - noch nicht erfolgt.

1. Um die hier gestellte Frage möglichst klar und erschöpfend beantworten zu können, empfiehlt es sich, zunächst den Begriff der Änderung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wie er von der Literatur und Rechtsprechung in Rechtsanalogie zu den gesetzlichen Vorschriften der §§ 459 Abs. 1, 610, 321, 812 Abs. 1 S. 2 und 779 BGB entwickelt worden ist [274], kurz darzulegen und zu erläutern. Alsdann soll im einzelnen auf die rechtlichen Beziehungen zwischen der Gefahrtragung und der Änderung bzw. dem Wegfall der Geschäftsgrundlage näher eingegangen werden.

a. Wie bereits die Wortzusammensetzung erkennen läßt, sind unter dem Begriff der Geschäftsgrundlage ganz allgemein solche Umstände zu verstehen, die zur Grundlage eines Rechtsgeschäftes gemacht worden sind. Über die Frage, wann im einzelnen ein Umstand als Geschäftsgrundlage eines Vertrages [275] anzusehen ist, bestehen zwar gewisse Meinungsunterschiede [276], auf die im Rahmen dieser Arbeit

---

274) vgl. dazu Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. E 1 ff und die dort zitierte umfangreiche Literatur und Rechtsprechung.

275) Fikentscher § 27 II 2 g bezeichnet den zur Geschäftsgrundlage gemachten Umstand als Vertrauensumstand.

276) vgl. Nastelski in BGB-RGRK § 242 BGB Anm. 58; Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 20; Lehmann § 35; Palandt-Danckelmann § 242 BGB Anm. 6; Enneccerus-Lehmann § 41 II; Fikentscher § 27 II; Soergel-Siebert-Knopp § 242 BGB Bem. 365 ff ;

wegen der notwendigen Beschränkung nicht näher eingegangen werden soll, im großen und ganzen ist man sich aber darüber einig, daß entsprechend Lehmanns Formel [277] im wesentlichen folgende Voraussetzungen gegeben sein müssen:

1. Als Geschäftsgrundlage kann ein Umstand nur dann in Frage kommen, wenn er für den Inhalt und Zweck des Vertrages von so grundlegender Bedeutung ist, daß der Vertrag ohne den Umstand nicht oder nicht in der vereinbarten Weise abgeschlossen worden wäre [278].

2. Die grundlegende Bedeutung des betreffenden Umstandes für den Vertragsabschluß muß dem anderen Vertragspartner bekannt oder erkennbar gewesen sein [279].

---

vgl. insbesondere Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. E 1 ff und die dort zitierte umfangreiche Literatur und Rechtsprechung

277) Lehmann § 35 A VII 4; Staudinger-Weber § 242 E 92 weist zu Recht darauf hin, daß es müßig sei, die zahlreichen Theorien zur Geschäftsgrundlage und zur clausula rebus sic stantibus gegeneinander abzuwägen, da sie letztlich - trotz unterschiedlicher Kriterien - zumeist zum selben Ergebnis führen. Es kann daher nicht Sinn dieser Arbeit sein, sich mit den zahlreichen Theorien zur Geschäftsgrundlage auseinanderzusetzen und unter Umständen eine weitere "Arbeitsformel" oder Lehrmeinung aufzustellen. Lehmanns Formel hat den Vorteil, daß sie sich verhältnismässig einfach handhaben läßt und die wesentlichen Abgrenzungskriterien (subjektive und objektive) beinhaltet. Vgl. dazu auch Anm. 183 d. A.

278) vgl. Lehmann § 35 A VII 4; Nastelski in BGB-RGRK § 242 BGB Anm. 70; Esser § 86, 2.

279) vgl. RGZ 141, 217; 168, 127; BGH NJW 1953, 1585; OLG Stuttgart NJW 1949, 68; Nastelski in BGB-RGRK § 242 BGB Anm. 58.

3. Den Vertragspartner, der auf den fraglichen Umstand Wert legt, darf nur die Gewißheit an dem Vorhandensein, der Fortdauer, dem Eintritt oder Nichteintritt des betreffenden Umstandes davon abgehalten haben, von dem Vertragsgegner die Anerkennung des Umstandes als Bedingung zu verlangen [280].

4. Es muß angenommen werden können, daß der Vertragsgegner, wenn die Unsicherheit des Umstandes im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ernsthaft in Betracht gezogen worden wäre, sich auf eine entsprechende Bedingung eingelassen oder redlicherweise hätte einlassen müssen [281].

b. Von einer Änderung bzw. einem Wegfall der Geschäftsgrundlage spricht man, wenn sich die als Geschäftsgrundlage anzusehenden Umstände ändern bzw. ganz wegfallen. Dabei ist allerdings zu beachten, daß nicht schon jede geringfügige Änderung der Geschäftsgrundlage rechtliche Folgen hinsichtlich der Ausgestaltung und Erfüllung des Vertrages nach sich zieht. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage beruht nicht nur auf der Rechtsanalogie der §§ 321, 459 Abs. 1, 610, 812 Abs. 1 S. 2 und 779 BGB, sondern auch auf der Vorschrift des § 242 BGB, dessen Normzweck eine einschränkende Auslegung fordert, um dem Mißbrauch einer uferlosen Anwendung zu begegnen [282]. Im Einzelfall kommt es daher darauf

---

280) vgl. Lehmann § 35 A VII 4; Fikentscher § 27 2 g; Enneccerus-Lehmann § 41 II.

281) vgl. Enneccerus-Lehmann § 41 II; Lehmann § 35 A VII 4; Fikentscher § 27 II 2 g.

282) vgl. Fikentscher § 26 VII 3; Staudinger-Weber

an, ob die eingetretene Änderung der Umstände so erheblich und von so einschneidender Art ist, daß dem betreffenden Vertragspartner ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann [283].

2. Kehrt man nach dieser kurzen Begriffsklärung zu der Ausgangsfrage zurück, ob der Käufer sich in außergewöhnlichen Zeiten bei einem Untergang oder einer Verschlechterung der versandten Ware gegenüber der Kaufpreisforderung des Verkäufers auf eine Änderung bzw. einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, so ist zunächst aus systematischen Gründen zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen der Versendungskauf zu einer Zeit abgeschlossen wurde, in der weder der Verkäufer noch der Käufer mit dem baldigen Eintritt einer außergewöhnlichen Zeit rechneten und zwischen den Fällen, in denen der Versendungskauf erst nach dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten, also zu einer Zeit abgeschlossen wurde, in der das Transportrisiko bereits beträchtlich über dem des Normaldurchschnitts lag.

a. Haben die Parteien den Versendungskauf erst nach dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten abgeschlossen, so kann der Käufer sich auf eine Änderung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage schon deshalb nicht berufen, weil nach dem Abschluß des Vertrages

---

§ 242 BGB Bem. C 42; Soergel-Siebert-Knopp § 242 BGB Bem. 4.

283) vgl. RGZ 158, 166; 175, 168; BGH MDR 1953, 282; BGH BB 1957, 196; BGH NJW 1958, 340; OLG Stuttgart NJW 1949, 68; Esser § 86, 3; Palandt-Danckelmann § 242 BGB Anm. 6 c; Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. C 42. Nach der neueren Literatur und Rechtsprechung wird der Gedanke der Zumutbarkeit besonders stark

sich die evtl. zur Geschäftsgrundlage gemachten Umstände nicht so entscheidend geändert haben, daß dem Käufer ein Festhalten an dem Versendungskauf unzumutbar wäre [284]. Das erhöhte Gefahrenrisiko der Versendung hat der Käufer durch den - trotz des Eintritts außergewöhnlicher Zeiten - gewollten Abschluß des Versendungskaufes bewußt in Kauf genommen und damit zugleich einen Maßstab für das ihm zumutbare Maß gesetzt [285]. Selbst wenn das Transportrisiko sich im Laufe der Vertragsabwicklung weiter steigern sollte, wie dies beispielsweise im letzten Krieg, insbesondere kurz vor dem Zusammenbruch im Jahre 1945, der Fall war, so ist dem Käufer grundsätzlich auch dieses Risiko zuzumuten, da mit einer solchen Steigerung bereits bei Vertragsabschluß gerechnet werden mußte [286]. In Kriegszeiten bleibt immer ungewiß, ob das Transportrisiko sich nicht durch plötzliche Fliegerangriffe, durch ein Vordringen des Feindes usw. noch weiter steigert. Von einer umwälzenden

---

betont, so daß die Unterschiedlichkeit der verschiedenen Arbeitsformeln demgegenüber mehr oder weniger verblaßt, vgl. dazu BGH LM § 242 BGB Nr. 12, 13, 39, 41, 49 a; Fikentscher § 27 II 2; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Bem. 372 ff.

284) vgl. OLG Karlsruhe NJW 1949, 68 f; OLG Koblenz NJW 1947/48, 477 ff ; LG Köln DRZ 1948, 250; AG Opladen U. v. 15.10.1946 - 2 C 205/46 - bestätigt durch U. des LG Düsseldorf v. 14.1.1947 - 6 S 398/46 -; AG Wiesbaden NJW 1947/48, 102; Krekels NJW 1949, 66; Benck BB 1947, 111; Helms NJW 1949, 48.

285) vgl. Fikentscher § 27 II c.

286) vgl. OLG Braunschweig in DRZ 1946/47, 410; OLG Braunschweig BB 1947, 177; OLG Koblenz NJW 1947/48, 477 ff; Staudinger-Weber § 242 BGB Bem. C 40; Mack DRZ 1947, 63; Krekels in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Stuttgart NJW 1949, 68 f.

und für die Vertragsparteien nicht vorhersehbaren Änderung der Umstände kann in einem solchen Fall jedenfalls nicht gesprochen werden [287/288].

b. Ist der Versendungskauf zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden, in dem weder der Verkäufer noch der Käufer an den Eintritt außergewöhnlicher Zeiten dachten, so gilt folgendes: Als Geschäftsgrundlage kommen, wie bereits ausgeführt [289], nur solche Umstände in Betracht, die von so grundlegender Bedeutung für den Inhalt und Zweck des Vertrages sind, daß der Vertragspartner, der auf sie Wert legt, den Vertrag bei einem Zweifel an dem Vorhandensein, dem Eintritt oder Nichteintritt der betreffenden Umstände nicht oder nur unter anderen Bedingungen abgeschlossen hätte. Die Frage, ob der Käufer auch bei Kenntnis des späteren Eintritts außergewöhnlicher Zeiten den Versendungskauf in gleicher Weise abgeschlossen hätte, läßt sich nicht allgemeingültig beantworten. Dies ist letztlich eine Tatfrage, die nur

---

287) vgl. LG Köln DRZ 1948, 250; AG Wiesbaden NJW 1947/48, 102; OLG Karlsruhe NJW 1949, 68; OLG Stuttgart NJW 1949, 68; LG Wiesbaden NJW 1947/48, 102.

288) Wenn der Käufer nach Kriegsende den Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage darauf zu stützen versuchte, daß nach Auflösung der Kriegsschadensämter seitens der Militärbehörden er nicht mehr die Möglichkeit gehabt habe, die ihm gemäß der Kriegssachschadenverordnung vom 30.11.1940 zustehenden Ersatzansprüche geltend zu machen, so mußte der Käufer bei einem Verlust des Krieges auch mit einer solchen Entwicklung rechnen. Es handelt sich insofern nicht um ein ganz außerhalb der wirtschaftlichen Entwicklung liegendes Ereignis, vgl. LG Köln DRZ 1948, 250.

289) vgl. S. 112 d. A.

von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des jeweiligen besonderen Interesses des Käufers an der bestellten Ware gelöst werden kann.

aa. Geht man davon aus, daß der Käufer auch bei Kenntnis der späteren Entwicklung den Versendungskauf abgeschlossen hätte, so ist das Fortbestehen der Normalzeiten nicht zur Geschäftsgrundlage des Vertrages gemacht worden, und der Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten ist schon aus diesem Grund unbegründet.

bb. War die bestellte Ware für den Käufer nicht von so großem Interesse, daß er den Versendungskauf in jedem Fall, also auch bei Kenntnis des späteren Eintritts außergewöhnlicher Zeiten abgeschlossen hätte, so muß man in dem Fortbestehen der Normalzeiten einen zur Geschäftsgrundlage des Versendungskaufs erhobenen Umstand sehen. Der Käufer hätte nämlich, wenn ihm Zweifel an dem Fortbestehen dieses Umstandes gekommen wären, insofern die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung verlangt, und der Verkäufer hätte sich mit Rücksicht auf die in außergewöhnlichen Zeiten stark erhöhte Gefahrenlage auch auf eine solche Bedingung redlicherweise einlassen müssen. Es ist dann im einzelnen zu prüfen, ob durch den Eintritt der außergewöhnlichen Zeiten sich die zur Geschäftsgrundlage gemachte Gefahrensituation im konkreten Einzelfall so wesentlich geändert hat,

daß dem Käufer ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann [290]. Im Rahmen dieser Zumutbarkeitsprüfung ist zwischen den Interessen des Verkäufers auf Einhaltung des Kaufvertrages und dem infolge des Eintritts aussergewöhnlicher Zeiten umschlagenden Interesse des Käufers auf Befreiung vom Kaufvertrag abzuwägen. In der Regel wird man bei einer infolge außergewöhnlicher Zeiten eintretenden erheblichen und nicht nur kurzfristigen Gefahrenerhöhung davon ausgehen müssen, daß dem Käufer ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann [291]. Die Folge davon ist, daß der Käufer gegenüber dem Verkäufer unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Aufhebung des Vertrages verlangen kann und damit von seiner Kaufpreisverpflichtung frei wird.

aaa. Versendet der Verkäufer dann die Ware, obgleich der Käufer in berechtigter Weise die Annullierung des Versendungskaufs verlangt hat, so kann mangels eines noch bestehenden Kaufpreisanspruchs eine Preisgefahr i. S. des § 447 BGB logischerweise nicht mehr übergehen. Folgendes Beispiel mag dies erläutern: Vereinbart der A mit dem B einen Versendungskauf in der Weise, daß der B sich verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von hochwertigen Weingläsern von Hamburg nach München zu versenden,und erhöht sich infolge des unerwarteten

---

290) vgl. RGZ 158, 175; BGH LM § 242 BGB Nr. 12, 13, 39, 41, 49 a; Fikentscher § 27 II 2; Soergel-Siebert-Knopp § 242 BGB Bem. 372 ff.

291) vgl. RGZ 104, 375.

Eintritts außergewöhnlicher Zeiten die Versendungsgefahr für unabsehbare Zeit in einem erheblichen und für A nicht mehr zumutbaren Umfang, so kann A unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Annullierung des Versendungskaufs verlangen. Versendet der B trotz der berechtigten Annullierung des Vertrages die Ware, so reist diese mangels eines noch bestehenden Kaufpreisanspruchs allein auf die Gefahr (periculum rei) des B. Das Problem des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hat also insofern keinen Berührungspunkt mit dem Problem der Preisgefahrtragung beim Versendungskauf.

bbb. Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Käufer sich erst dann auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft, nachdem der Verkäufer die Ware bereits abgesandt hat und diese unterwegs zerstört worden ist. In einem solchen Fall ist bei der im Rahmen der Zumutbarkeit vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen, daß der Verkäufer wegen des bereits eingetretenen Untergangs der Sache ein besonders großes Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages und damit der Kaufpreisforderung hat, da er sonst den eingetretenen Schaden selbst zu tragen hätte. Dies wäre aber insofern unbillig, als die Versendung der Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort ausschließlich im Interesse des Käufers erfolgte. Der Käufer hätte auch, falls er infolge der erheblich gesteigerten Gefahren das Risiko der Versendung nicht mehr

übernehmen wollte, den Verkäufer rechtzeitig vor der Versendung darauf hinweisen können, daß er eine Versendung der gekauften Sache nicht mehr wünsche. Unterläßt er diese Mitteilung und gibt er dem Verkäufer durch sein Schweigen zu erkennen, daß er die verlangte Versendung der Ware trotz der inzwischen gesteigerten Gefahrenlage nicht rückgängig machen will, so kann dem Verkäufer die Tragung des eingetretenen Schadens - jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage - nicht zugemutet werden. Die Steigerung des Risikos und ein evtl. eintretender Schaden kann nur zu Lasten dessen gehen, der dieses Risiko auf Grund der vom Gesetz bestimmten Gefahrtragungsregelung grundsätzlich zu tragen hat. Die Gefahrtragungsverteilung des § 447 BGB gilt, wie bereits ausgeführt wurde [292], nicht nur in Normalzeiten, sondern auch in außergewöhnlichen Zeiten. Es ist auch nicht einzusehen, warum dem Verkäufer bei dem Eintritt außergewöhnlicher Zeiten zugemutet werden soll, sich auf eine für ihn ungünstigere Gefahrtragungsregelung einzulassen. Da er schon in Normalzeiten nicht geneigt war, das Versendungsrisiko in Abweichung der gesetzlichen Regelung des § 447 BGB ganz oder teilweise auf sich zu nehmen, so hätte ihn die Kenntnis einer erheblichen Steigerung der Gefahrenlage erst recht davon abgehalten, die Preisgefahr über den Zeitpunkt der Übergabe der Ware an die Transportperson

---

292) vgl. S. 106 f d. A.

hinaus zu tragen. Ins Gewicht fällt hier auch der Umstand, daß der Verkäufer sich wegen der in außergewöhnlichen Zeiten zumeist herrschenden Warenknappheit in einer wirtschaftlich stärkeren Position befindet, so daß der Käufer schon aus diesem Grunde keine von dem Gesetz zu seinen Gunsten abweichende Regelung wird aushandeln können.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Der Käufer kann sich in außergewöhnlichen Zeiten bei einem zufälligen Untergang oder einer zufälligen Verschlechterung der versandten Ware gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers nicht nachträglich auf eine Änderung bzw. einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag zu einer Zeit abgeschlossen wurde, in der weder der Verkäufer noch der Käufer an den Eintritt außergewöhnlicher Zeiten dachten, oder ob der Vertrag zu einer Zeit geschlossen wurde, in der bereits außergewöhnliche Verhältnisse herrschten.

D. Geht die Sache in außergewöhnlichen Zeiten auf dem Transport unter, so fehlt es in der Literatur und Rechtsprechung nicht an Stimmen, die unter Berufung auf die Generalklausel des § 242 BGB dafür eintreten, daß die Preisgefahr bei einer derartigen Steigerung der Gefahren nicht nur der Käufer,

sondern gleichfalls der Verkäufer zu tragen hat [293]. Verschiedentlich wird dem Verkäufer auch unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf einen Gefahrübergang gemäß § 447 BGB zu berufen [294], so daß der Verkäufer den gesamten durch die außergewöhnlichen Gefahren hervorgerufenen Schaden allein zu tragen hat.

1. Eine Antwort auf die Frage, ob und wann ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall anzunehmen ist, läßt sich nur aus dem Sinn und Zweck des § 242 BGB herleiten. Erst wenn man erkannt hat, warum der Gesetzgeber eine derart allgemeine und weittragende Generalklausel in § 242 BGB aufgenommen hat, wird man zu einer richtigen Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift kommen können.

a. Der Normzweck des § 242 BGB besteht im wesentlichen darin, die Pflichten des Schuldners und - in Umkehrung dazu - die Pflichten des Gläubigers inhaltlich auszugestalten, genauer zu bestimmen und veränderten Umständen anzupassen [295]. Der Schuldner soll die Leistung nicht irgendwie, sondern so bewirken, wie Treu und Glauben es mit

---

293) vgl. OLG Frankfurt JR 1948, 289; OLG Braunschweig SJZ 1946, 224; Oertmann § 447 BGB Anm. 5 b; Ulmer SJZ 1946, 225; Benck BB 1947, 102 ff.

294) vgl. OLG Braunschweig SJZ 1946, 224; LG Darmstadt JR 1948, 288 f ; AG Frankfurt NJW 1947/48, 103; Dernburg § 172 Anm. 10; Endemann § 159 Anm. 41; Mack DRZ 1947, 63; Benck BB 1947, 109.

295) vgl. Fikentscher § 26 VII 4 a; Enneccerus-Lehmann § 4 II; Esser § 31, 1; Larenz, Schuldrecht

Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, der Gläubiger soll die Leistung nur mit dieser Maßgabe verlangen können [296]. Durch diese steuernde Wirkung des § 242 BGB als Generalklausel soll eine gesetzeskonforme Anpassung der Rechtsordnung an die Vielgestaltigkeit und Differenziertheit des sich ständig wandelnden Rechtslebens ermöglicht werden, die durch ausschließlich starre Gesetzesnormen nicht erreicht werden könnte [297].

b. Bei der allgemeinen Fassung des § 242 BGB besteht - wie bei jeder Generalklausel - leicht die Gefahr, daß einseitige Betrachtungen, Interessenabwägungen und gefühlsbetonte Gedankengänge zu einer uferlosen Anwendung der Vorschrift und damit zu einer Rechtsunsicherheit führen, die gerade in außergewöhnlichen Zeiten nicht wünschenswert ist. Es darf daher bei der Beantwortung der Frage, ob es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, wenn der Verkäufer den Kaufpreis verlangt, obwohl die Ware nur infolge der in außergewöhnlichen Zeiten gesteigerten Gefahrenlage zerstört wurde, nicht allein auf die Interessenlage des Käufers abgestellt werden. Für den Käufer ist es zwar mißlich, und es kann ihn wirtschaftlich hart treffen, wenn die Ware aufgrund der erheblich gesteigerten Gefahrenlage untergeht. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß der Verkäufer sich unter

---

Bd. I, § 10 I; Blomeyer § 3 I 1.

296) vgl. Fikentscher § 26 VII 4 b; Blomeyer § 3 II.

297) vgl. Esser § 5 III 1 b; Blomeyer § 3 II.

dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben an dem eingetretenen Schaden zu beteiligen hat. Der Gesichtspunkt der Billigkeit als Ausfluß der dem Gesetz inhärenten Gerechtigkeitsforderung wird nicht von einer Partei aus beurteilt [298]. Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben kann nur dann angenommen werden, wenn ein Zustand oder Verhalten nicht allein gegen das Rechtsempfinden des jeweiligen Vertragspartners, sondern gegen das Rechtsempfinden aller billig und gerecht Denkenden verstößt [299]. Diese Verobjektivierung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, und zwar insofern, als die Vorschrift des § 242 BGB die Worte "mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" enthält [300].

2. a. Kehrt man nach dieser Klarstellung zu der ausgangs gestellten Frage zurück, so bleibt festzustellen, daß für eine inhaltliche Abänderung der Gefahrtragungsverteilung beim Versendungskauf mit Hilfe der Generalklausel des § 242 BGB kein Raum ist. Es ist, wie bereits ausgeführt [301], davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Gefahrtragung in den Vorschriften der §§ 446, 447 BGB hinsichtlich sämtlicher Gefahren, also auch hinsichtlich der in außergewöhnlichen Zeiten wesentlich gesteigerten Gefahren, regeln wollte. Daß die allgemeine Gefahrenlage nicht

---

298) vgl. Nastelski in BGB-RGRK § 242 BGB Anm. 4.

299) vgl. RGZ 151, 370; BGHZ 9, 278; 25, 47 (52); Nastelski in BGB-RGRK § 242 BGB Anm. 4; Blomeyer § 3 II 2.

300) vgl. Fikentscher § 26 VII 4 c; Soergel-Siebert-Knopp § 242 BGB Bem. 2; Esser § 2 II 3; Erman § 242 BGB Bem. I 3.

301) vgl. S. 106 f d. A.

immer konstant bleibt und sich in Kriegszeiten oder sonstigen außergewöhnlichen Zeiten auch erheblich erhöhen kann, war dem Gesetzgeber bekannt und bei der Abfassung der §§ 446, 447 BGB sicherlich auch bewußt [302]. Da die in außergewöhnlichen Zeiten gesteigerte Gefahrenlage durch die Vorschrift des § 447 Abs. 1 BGB miterfaßt und mitgeregelt worden ist, bedarf es folglich nicht jeweils einer auf § 242 BGB gestützten Anpassung an die in außergewöhnlichen Zeiten sich ändernden Verhältnisse.

b. Selbst wenn man aber unterstellen würde, der Gesetzgeber habe bei der Abfassung der §§ 446, 447 BGB an eine durch außergewöhnliche Zeiten erheblich gesteigerte Gefahrenlage nicht gedacht und diese folglich nicht mitberücksichtigt, so würde man zu einer über § 242 BGB inhaltlich anderen Risikoverteilung beim Versendungskauf nur kommen können, wenn ein solcher Fall durch § 447 Abs. 1 BGB nicht in einer dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechenden Weise zu lösen wäre. Davon kann aber nicht ausgegangen werden. Es ist kein tieferer Grund ersichtlich, warum im Rahmen des § 447 BGB zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Gefahren unterschieden werden sollte. Durch die bloße Steigerung der Gefahren ändern sich die gegenseitigen Interessen des Verkäufers und des Käufers nicht. Die der

---

302) Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch sagen darüber allerdings nichts aus.

Vorschrift des § 447 Abs. 1 BGB zugrundeliegenden und bereits näher dargestellten Gefahrtragungsprinzipien [303] fordern auch in außergewöhnlichen Zeiten eine gleiche Regelung wie in Normalzeiten: In Zeiten erhöhter Transportgefahr erfolgt die Versendung der verkauften Sache ebenfalls auf Wunsch und im ausschließlichen Interesse des Käufers. Der Verkäufer gibt mit der Übergabe der Ware an die Transportperson gleichfalls seine Herrschaftsgewalt und tatsächliche Nutzungsmöglichkeit zugunsten des Käufers auf. Es entspricht daher einer mit dem Grundsatz von Treu und Glauben übereinstimmenden Regelung, daß der Verkäufer mit Vollzug der Leistungshandlung von jeglichem Risiko hinsichtlich der verkauften Sache frei wird.

3. Die Richtigkeit der hier vertretenen Meinung wird bestätigt, wenn man bei der Beurteilung der Frage, ob der Verkäufer sich in außergewöhnlichen Zeiten an der Gefahrtragung des Käufers zu beteiligen hat, nicht nur, wie dies in Literatur und Rechtsprechung teilweise geschieht, einseitig auf die Interessen des mit der Preisgefahr belasteten Käufers abstellt. Eine Beteiligung des Verkäufers an der Versendungsgefahr wäre nämlich diesem gegenüber in gleicher Weise eine Unbilligkeit, wie sie allein vom Standpunkt des Käufers möglicherweise als Billigkeit erscheinen mag [304]. Es ist zu berücksichtigen,

---

303) vgl. S. 64 ff d. A.

304) vgl. LG Köln DRZ 1948, 250.

daß der Verkäufer vor der Übergabe der Ware an die Transportperson die erhöhte Gefahrenlage ebenfalls ganz allein zu tragen hatte. Würde man unter Anwendung der Generalklausel des § 242 BGB verlangen, daß der Verkäufer sich an dem während der Versendung eingetretenen Schaden zu beteiligen hat, so müßte man, damit die Preisgefahr in außergewöhnlichen Zeiten nicht einseitig auf die Person des Verkäufers abgewälzt wird, den Käufer ebenfalls für verpflichtet ansehen, sich an dem vor der Übergabe der Ware an die Transportperson etwa eintretenden Schaden des Verkäufers ebenfalls zu beteiligen.

Das konsequente Durchdenken dieser allgemeinen Billigkeitserwägungen zeigt, daß dem Käufer mit einer solchen Betrachtungsweise letztlich wenig gedient ist. Eine auf § 242 BGB gestützte Billigkeitsentscheidung mag unter Umständen zunächst als scheinbar soziale Maßnahme einleuchten, in Wahrheit ist diese Entscheidung aber nur durch eine Einseitigkeit der Interessenabwägung erreicht worden, die nicht dem Ziel einer umfassenden und ausgewogenen Gerechtigkeit dient. Berücksichtigt man nicht nur die Interessen des Käufers, sondern auch die Interessen des Verkäufers, der das Versendungsrisiko schließlich bei seiner Preiskalkulation und seinen sonstigen kaufmännischen Überlegungen nicht berücksichtigt hat, so wird sich eine für beide Parteien gerechte

und dem Rechtsempfinden aller billig und gerecht Denkenden entsprechende Gefahrtragungsverteilung nur auf der Grundlage des § 447 Abs. 1 BGB finden lassen.

4. Für ein Festhalten an der Gefahrtragungsregelung des § 447 BGB in außergewöhnlichen Zeiten sprechen auch gewisse praktische Gesichtspunkte, obgleich diese vom rechtsdogmatischen Standpunkt ohne große Bedeutung sind [305]. Denn nach welchen Kriterien soll schließlich beurteilt werden, ob eine außergewöhnliche Zeit eingetreten ist oder nicht? Wo liegt die genaue Grenze zwischen einer normalen und außergewöhnlichen Gefahrenlage? Kann eine außergewöhnliche Zeit bereits mit dem Ausbruch eines Krieges angenommen werden oder erst dann, wenn größere Kampfhandlungen stattfinden? Wie intensiv müssen solche Kampfhandlungen sein? Welches Gebiet ist durch die außergewöhnliche Gefahrenlage bedroht? In welcher Höhe soll der Verkäufer an dem Schaden des Käufers beteiligt werden? Soll ein Verhältnis von 50 : 50 oder sollen, je nach den Umständen, auch andere Verteilungsmaßstäbe gelten?

Alle diese Fragen zeigen, daß die weitere Ausgestaltung dieses Gedankens eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Jeder Fall müßte besonders beurteilt und dem Richter zur Entscheidung vorgelegt werden. Eine solche Entwicklung

---

305) vgl. aber Enneccerus-Nipperdey § 57 III.

ist weder wünschenswert [306], noch dient sie letztlich dem Recht, das nicht nur die materielle Gerechtigkeit, sondern auch die Rechtssicherheit als Rechtsidee beinhaltet [307]. Der Versuch, in außergewöhnlichen Zeiten mit Hilfe der Generalklausel des § 242 BGB eine andere Risikoverteilung herbeizuführen, muß daher abgelehnt werden.

Untersucht man im Anschluß hieran die einzelnen Meinungen in der Literatur, die in außergewöhnlichen Zeiten eine Abänderung der Gefahrtragungsverteilung des § 447 BGB bejahen, so stellt man in sämtlichen Fällen fest, daß die Heranziehung des § 242 BGB jeweils auf Rechtsirrtümern beruht und sich rechtlich nicht halten läßt.

a. Kegel [308] meint eine Schwäche des dem § 447 BGB zugrundeliegenden Gefahrtragungsprinzips darin zu sehen, daß entweder der eine oder der andere Vertragspartner den gesamten Schaden zu tragen hat. Er tritt deshalb dafür ein, daß in außergewöhnlichen Zeiten unter Anwendung des § 242 BGB eine gerechtere Verteilung des Schadens auf beide Vertragspartner vorgenommen wird.

Dieser Ansicht Kegels kann nicht zugestimmt werden. Es läßt sich zwar durchaus darüber streiten, ob das dem § 447 BGB zugrundeliegende Gefahrtragungsverteilungsprinzip vom Standpunkt der

---

306) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 57 III.

307) vgl. Radbruch S. 73 f.

308) Kegel DRZ 1948/49, Beih. 7, 17.

Gerechtigkeit als beste Lösung anzusehen ist. Selbst wenn man aber der von Kegel vertretenen Meinung insoweit folgen würde, als eine gleichmäßige Gefahrtragungsverteilung auf beide Vertragspartner während der Zeit der schuldrechtlichen Abwicklung des Kaufvertrages als gerechtere und billigenswertere Lösung anzusehen ist, so mag diese Erwägung dem Gesetzgeber gegebenenfalls Anlaß zu einer Überprüfung und Änderung des § 447 BGB geben. Solange der Gesetzgeber jedoch an der bisherigen Regelung festhält, sind die Vertragspartner und auch der Richter an das Gesetz gebunden. Die Anwendung des § 242 BGB darf dann keineswegs dazu führen, daß eine vom Gesetzgeber bewußt geschaffene Regelung auf diesem Weg aufgehoben wird.

b. Auch der Meinung von Benck [309] und Sieveking [310], wonach die Berufung des Verkäufers auf die Gefahrtragungsverteilung des § 447 BGB dann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, wenn der Verkäufer die Ware zur Unzeit versendet hat, kann nicht zugestimmt werden [311]. Wie bereits oben näher ausgeführt wurde [312], ist der durch eine Versendung zur Unzeit herbeigeführte Untergang der Ware nicht zufällig i. S. des § 447 BGB eingetreten. Der Verkäufer kann sich daher - trotz

---

309) Benck BB 1947, 109 f.

310) Sieveking MDR 1947, 143 f ; vgl. auch LG Darmstadt JR 1948, 288; AG Berlin-Schöneberg Nds. Wirtschaft 1947, 286.

311) vgl. Helms NJW 1949, 48.

312) vgl. S. 96 d. A.

des Gefahrübergangs - insoweit nicht auf die Vorschrift des § 447 BGB berufen. Der Käufer kann vielmehr die Rechte aus § 325 BGB geltend machen, so daß bei dieser klaren gesetzlichen Regelung eine Heranziehung der Generalklausel des § 242 BGB wegen ihres subsidiären Charakters nicht zulässig ist.

c. Abzulehnen ist ferner die Rechtsansicht von Ostler [313] und Helms [314], die dem Käufer eine Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) in folgendem Fall zubilligen: Etwa Mitte 1944 bestellte der Käufer A bei dem Verkäufer B einen größeren Posten Uniformzubehör für Wehrmachtsaufträge. Trotz vielfacher Mahnungen erfolgte die Auslieferung nicht, weil der Verkäufer B zwar über genügend Ware verfügte, aus preistreiberischen Gründen aber damit zurückhielt. Im Dezember 1944 wurde die Lieferung letztmalig angemahnt. Ende März 1945, also kurz vor dem Zusammenbruch, versandte der Verkäufer B noch schnell die Ware an den Käufer A, um sich den Kaufpreisanspruch zu sichern. Obwohl das betreffende Verkehrsgebiet noch nicht unmittelbar gefährdet und die Ware ordnungsgemäß verpackt war, ging die Sendung unterwegs infolge unbekannter Gründe unter. Der Verkäufer B verlangte danach von dem Käufer A den Kaufpreis.

---

313) Staudinger-Ostler § 447 BGB Bem. 15 a.

314) Helms NJW 1949, 46 f.

Es ist rechtlich nicht zu vertreten, wenn Ostler und auch Helms die Berufung des Verkäufers auf § 447 BGB unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung zurückweisen. Dieser Fall hat mit der Frage der Gefahrtragung beim Versendungskauf nichts gemeinsam. Der Verkäufer B hat die Ware hier ordnungsgemäß verpackt und auch ordnungsgemäß an die Transportperson übergeben. Er hat die Ware nicht zur Unzeit versandt, und es trifft ihn auch kein Verschulden an dem Untergang der Ware. Infolgedessen ist kein Grund ersichtlich, warum es dem Verkäufer grundsätzlich verwehrt sein soll, sich auf den Übergang der Preisgefahr gemäß § 447 BGB berufen zu dürfen. Dennoch braucht der Käufer A den Kaufpreis im Ergebnis allerdings nicht zu zahlen, und zwar aus folgendem Grund: Gemäß § 326 Abs. 1 BGB kann der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn der Verkäufer sich mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug befindet und der Käufer ihm zur Bewirkung der Leistung erfolglos eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Eine solche Frist hat der Käufer A hier zwar nicht gesetzt, gemäß § 326 Abs. 2 BGB bedarf es einer solchen Fristsetzung jedoch dann nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages für den Käufer infolge des Verzugs kein Interesse mehr hat. Davon ist hier auszugehen. Der Verkäufer B befand sich infolge der zahlreichen Mahnungen in

Verzug. Da er die Ware dennoch fast 1 Jahr zurückhielt und erst dann versandte, als diese wegen des unmittelbar bevorstehenden Zusammenbruchs praktisch wertlos war, hatte der Käufer A zu diesem Zeitpunkt kein Interesse mehr an dem Uniformzubehör. Gemäß § 326 Abs. 1 und 2 BGB war er berechtigt, auch ohne besondere Fristsetzung vom Kaufvertrag zurückzutreten. Daß dieser Fall kein Problem der Gefahrtragung im Sinne des § 447 BGB beinhaltet, wird besonders deutlich, wenn man den Sachverhalt in der Weise abändert, daß die Ware während der Versendung nicht untergeht, sondern bei dem Käufer wohlbehalten ankommt. Auch bei dieser Fallgestaltung könnte der Käufer A in gleicher Weise gemäß § 326 Abs. 1 und 2 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten und den Kaufpreis verweigern.

Schließlich kann auch nicht der Meinung Galperins[315] gefolgt werden, der die Auffassung vertritt, die Kaufparteien bildeten in außergewöhnlichen Zeiten eine Gefahrengemeinschaft, und der Käufer könne sich deshalb bei einem Untergang der versandten Ware darauf berufen, daß der Verkäufer die Hälfte des Schadens selbst zu tragen habe.

Galperin begründet seine Meinung damit, daß die gesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nur auf normale Gefahren anwendbar

---

315) Galperin DRZ 1947, 142 ff ; vgl. auch AG Berlin-Tempelhof SJZ 1946, 97 f; OLG Posen DR 1941, 2519; LG Stendal BB 1949, 723; LG Braunschweig U. v. 1912.1946 - 40 4/46 - .

seien und daß in anormalen Zeiten - unter Heranziehung des § 242 BGB - besondere Rechtsgrundsätze Anwendung finden müßten, die den Vorrang gegenüber den positiven Normen der einzelnen Ordnungstatbestände und gegenüber der allgemeinen Regel des "pacta sunt servanda" hätten. Das Bürgerliche Gesetzbuch habe grundsätzlich nur für normale Gefahren eine Regelung schaffen wollen. Dies folge unter anderem aus der Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB, nach der auf eine besondere Gefahrenerhöhung ausdrücklich hingewiesen werden müsse.

Den allgemeinen Grundsatz der Gefahrengemeinschaft, der in außergewöhnlichen Zeiten zu gelten habe, leitet Galperin unter anderem aus dem Recht der Steuern und Abgaben her. In der Verteilung der Staatslasten auf den einzelnen Staatsbürger komme der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, daß Kosten, die im Interesse der Gesamtheit entstanden seien, auch von der Gesamtheit ersetzt werden müßten. Galperin weist ferner auf das preußische Tumultgesetz, das Reichsausgleichsgesetz vom 24. 4. 1920 sowie die Kriegssachschädenverordnung vom 30. 11. 1940 hin, in denen ebenfalls die Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes zum Ausdruck komme, daß die Gemeinschaft solche Schäden und Verluste übernehmen müsse, die sich als Folge ihrer Handlungen für den einzelnen Rechtsgenossen ohne Schuld desselben ergeben.

Aus dem von ihm entwickelten Grundsatz der Gefahrengemeinschaft und gemeinsamen Haftung folgert Galperin, daß in den Fällen, in denen der Gesetzgeber für außergewöhnliche Zeiten noch kein positives Ausgleichsrecht geschaffen habe, der Ausgleich zunächst zwischen den Vertragspartnern erfolgen müsse. Seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. 9. 1920 [316] sei es ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts [317], daß bei Eintritt besonderer Umstände, die zu einem untragbaren Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung führten, eine Ausgleichspflicht des einen Vertragspartners gegenüber dem anderen bestehe.

Der Auffassung Galperins kann nicht zugestimmt werden [318]. Schon der Ausgangspunkt, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches könnten grundsätzlich nur auf normale, nicht aber auf aussergewöhnliche Zeiten angewendet werden, ist unrichtig, insbesondere läßt sich diese Meinung keineswegs, wie bereits oben ausgeführt wurde [319], aus der Vorschrift des § 254 Abs. 2 ableiten.

Auch der Auffassung, es handele sich bei den in außergewöhnlichen Zeiten eingetretenen Verlusten um Schäden, die im Interesse der Gesamtheit oder als Folge ihrer Handlungen entstanden seien, kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Diese

---

316) RGZ 100, 132 ff.

317) Galperin zitiert die Entscheidungen RGZ 121, 146 ff ; 125, 40 ff ; 139, 319 ff.

318) So auch LG Lüneburg BB 1947, 178; Molitor DRZ 1947, 410; Staudinger-Weber § 242 BGB C 35; Krekels NJW 1949, 47.

319) vgl. S. 107 f. d. A.

Ansicht läßt sich jedenfalls nicht in außergewöhnlichen Zeiten vertreten, die durch Überschwemmungen, Erdbeben, Feuersbrünste, Orkanstürme oder sonstige Naturkatastrophen größeren Ausmaßes hervorgerufen werden. In solchen Zeiten besteht zwar grundsätzlich eine Gefahrengemeinschaft der in dem betreffenden Gebiet wohnenden Personen und der Personen, die in dem betreffenden Gebiet Wertgüter haben. Diese Gefahrengemeinschaft kann aber im Gegensatz zu der Meinung Galperins nur insoweit angenommen werden, als die betreffenden Personen den erhöhten Gefahren gemeinsam ausgesetzt sind, nicht aber auch in der Weise, daß die betreffenden Personen den eingetretenen Schaden auch gemeinsam zu tragen haben. Werden beispielsweise durch starke Orkanstürme größere Teile eines Landes verwüstet, so sind die davon betroffenen Personen und Güter zwar gemeinsam der Naturgewalt ausgesetzt, dennoch ist nicht einzusehen, warum in einem solchen Fall die Geschädigten berechtigt sein sollen, ohne weiteres von den Personen Ausgleich zu verlangen, deren Güter - vielleicht wegen der besonderen Festigkeit oder wegen der massiveren Bauweise oder besserer Schutzvorrichtungen - nicht zerstört worden sind.

In Kriegszeiten ist zwar grundsätzlich eine Gefahrengemeinschaft in der Weise anzunehmen, daß die durch den gemeinsam geführten Krieg entstandenen

Kosten und Schäden auch gemeinsam zu ersetzen sind. Dies kann jedoch nicht dazu führen, daß in den Fällen, in denen der Gesetzgeber noch keine entsprechenden Ausgleichsgesetze erlassen hat, der Schaden zunächst zwischen den jeweiligen Vertragspartnern geteilt wird. Wie bereits ausgeführt [320], entspricht die gesetzliche Regelung des § 447 BGB sowohl in gewöhnlichen als auch in außergewöhnlichen Zeiten einer billigen und gerechten Abwägung der Interessen der Kaufparteien. Es ist daher nicht einzusehen, warum die von Galperin unter dem Gesichtspunkt der Gefahrengemeinschaft geforderte Aufteilung des Schadens zwischen den Vertragspartnern als vorläufige Maßnahme unbedingt notwendig ist. Auf diese primäre Frage geht Galperin auch nicht näher ein. Er beläßt es vielmehr bei allgemeinen Formulierungen, ohne das Ergebnis und die Tragweite seiner Rechtsauffassung näher zu untersuchen. So könnte die Ansicht Galperins beispielsweise dazu führen, daß ein Käufer bei einem Untergang oder einer Verschlechterung der Ware sich unter dem Gesichtspunkt der Gefahrengemeinschaft auf eine Teilung des Schadens beruft, obwohl es ihm unter Umständen - im Gegensatz zum Verkäufer, der vielleicht sein gesamtes Warenlager infolge der Kriegseinwirkungen verloren hat - wirtschaftlich und finanziell sehr gut geht. Dieses Beispiel macht deutlich, daß ein vorläufiger Ausgleich des Kriegsschadens zwischen den Vertragspartnern unter Umständen zu höchst unbilligen und untragbaren

---

320) vgl. S. 106 f d. A.

Ergebnissen führen kann und daß deshalb nur der Gesetzgeber in der Lage ist, die einzelnen Wiedergutmachungs- und Lastenausgleichsansprüche genau aufeinander abzustimmen und einen gerechten Ausgleich zwischen den geschädigten und den nicht geschädigten Personen zu schaffen [321]. Abgesehen davon würde die von Galperin vertretene Ansicht auch zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit [322] führen, und die gerechte Ausgleichung durch den Gesetzgeber wesentlich erschweren und komplizieren.

Die von Galperin angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts beziehen sich sämtlich auf Fälle, in denen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch spätere Umstände in ein derartiges Mißverhältnis geraten ist, daß unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Ausgleichspflicht des einen Vertragspartners gegenüber dem anderen angenommen werden mußte. Eine derartige Störung des Gleichgewichtsverhältnisses tritt aber infolge der außergewöhnlichen Zeiten nicht ein [323]. Durch die in außergewöhnlichen Zeiten wesentlich erhöhte Gefahrenlage wird der Wert von Leistung und Gegenleistung keineswegs berührt. Der Käufer muß, wenn nicht aus anderen Gründen eine Verteuerung oder Verbilligung eintritt, grundsätzlich denselben Geldbetrag aufwenden wie in Normalzeiten. Galperin geht bei der Frage,

---

321) vgl. Krüger und Heymann DRZ 1946, 103 f; Sartorius DRZ 147, 143.

322) vgl. Krüger und Heymann a. a. O. S. 104; Sartorius DRZ 1947, 143.

323) vgl. LG Köln DRZ 1948, 250

ob ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung anzunehmen ist, offensichtlich von einer falschen Betrachtungsweise aus. Für die Beurteilung, ob Leistung und Gegenleistung bei einem Versendungskauf noch im Gleichgewicht zueinander stehen, darf die Tatsache des Untergangs bzw. der Verschlechterung der Ware nicht einbezogen werden, da der Käufer insoweit die Preisgefahr zu tragen hat und dieses Gefahrenrisiko bewußt auf sich genommen hat. Die Meinung Galperins ist danach abzulehnen.

Lebenslauf

Am 30.11.1936 wurde ich als drittes Kind des Dipl.-Ing. Friedrich Dreher und seiner Ehefrau Meta, geb. Späth, in Dessau als Deutscher geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Bad Gandersheim und in Tübingen setzte ich meine Schulausbildung am Ludwig-Uhland Gymnasium und an der Kepler-Oberschule in Tübingen fort. Ab Frühjahr 1952 besuchte ich das Helmholtz-Gymnasium in Bielefeld, wo ich am 10.3.1958 die Reifeprüfung ablegte.

Mit dem Sommersemester 1958 begann ich an der Philipps-Universität in Marburg das Studium der Rechtswissenschaften, das ich im Sommersemester 1959 an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen weiterführte. Ab Wintersemester 1959/1960 studierte ich bis einschließlich Sommersemester 1961 an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und legte am 14.7.1962 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 1.10.1962 begann ich den Vorbereitungsdienst als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm und bestand am 22.12.1966 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf. Am 2.1.1967 wurde ich durch den Justizminister von Nordrhein-Westfalen zum Gerichtsassessor und am 28.8.1970 zum Landgerichtsrat ernannt.